

UiO • Det juridiske fakultet

Intel

Avgjørelsens betydning for vurderingen av lojalitetsrabatter under artikkel 102 TFEU: formbasert vs. virkningsbasert tilnærming

Kandidatnummer: 673

Leveringsfrist: 25. November 2014

Antall ord: 16 232



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
2	LOJALITETSRABATTER	2
2.1	Generelt	2
2.2	Lojalitetsrabatters økonomiske virkninger	3
2.2.1	Lojalitetsrabatters konkurransefremmende virkninger	4
2.2.2	Lojalitetsrabattens konkurransehindrende virkninger	5
3	DOMSTOLENES TILNÆRMING FØR VEILEDNINGEN	6
3.1	Formbasert tilnærming vs. virkningsbasert tilnærming	6
3.2	Rettspraksis	8
3.2.1	Hoffman La-Roche	8
3.2.2	Michelin – sakene	12
3.2.3	British Airways	18
3.3	Oppsummering	21
4	VEILEDNINGEN	22
4.1	Generelt	22
4.1.1	Veiledningens rettskildeverdi	23
4.2	Virkningsbasert tilnærming under art. 102	24
4.2.1	Misbruksvurderingen for betingede rabatter/AEC-testen	25
4.2.2	De generelle endringene/prinsippene	27
5	DOMSTOLENES TILNÆRMING ETTER VEILEDNINGEN	30
5.1	Innledning	30
5.2	Tomra	31
5.2.1	Kommisjonens avgjørelse	31
5.2.2	Underrettens avgjørelse	31
5.2.3	Domstolens avgjørelse	32
5.3	Intel	36
5.3.1	Kommisjonens avgjørelse	36

5.3.2	Underrettens avgjørelse.....	38
6	KONKLUSJON.....	46
7	LITTERATURLISTE.....	50

1 Innledning

12. juni 2014 avsa Underretten dom i *Intel*-saken.¹ Avgjørelsen bekreftet Kommisjonens funn om at Intel hadde benyttet lojalitetsrabatter i strid med art. 102 TFEU,² i den hensikt å ekskludere konkurrenten AMD fra markedet. Intel ble derfor dømt til å betale EUs hittil største bot gitt til et enkelt foretak.³ Boten var på over en milliard euro.

Intel-dommen har i etterkant medført en stor debatt i fagmiljøet.⁴ Debatten har stilt spørsmål til hva som skal til for å anse en rabattordning for å være lovstridig under art. 102.⁵ Hovedspørsmålet har vært hvilken *tilnærningsmetode* som er riktig ved vurderingen av om en lojalitetsrabatt utgjør et misbruk under art. 102. *Intel* var den første saken der Kommisjonen fulgte en økonomisk *virkningsbasert tilnærming* i tråd med deres egen Guidance Paper⁶ (heretter Veiledningen) ved vurderingen av om lojalitetsrabattene var misbrukende. En slik virkningsbasert tilnærningsmetode avvek fra det som tidligere var benyttet i rettspraksis. Underretten og Domstolen har i mange år fått kritikk for at deres tilnærming til lojalitetsrabatter i all hovedsak har basert seg på en *formbasert tilnærming*, der vurderingen begrenser seg til hvilken utforming rabattordningen har fremfor de konkrete virkningene av den.⁷ Kommisjonens avgjørelse ble av kritikerne til den formbaserte tilnærmingen derfor ansett som en etterlenget utvikling som hadde potensiale til å endre Domstolens metodebruk⁸.

Den pågående debatten kan gi inntrykk av at forskjellene mellom den formbaserte metoden og den virkningsbaserte metoden er betydelige. Som det vil fremgå av oppgaven kan det imidler-

¹ Sak T-286/09, *Intel Corp. V. Kommisjonen*.

² Treaty of the functioning of the European Union, Article 102 (heretter art. 102). Lojalitetsrabatter kan også være diskriminerende. Dette tok imidlertid ikke Underretten opp i *Intel*-saken og vil også falle utenfor denne oppgaven.

³ Charles River Associates, CRA Competition Memo 2014.

⁴ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 7, se også Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8.

⁵ Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8 side 521.

⁶ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, utgitt i 2009.

⁷ Jones (2010) side 382 og O'Donoghue (2013) side 489.

⁸ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 7.

tid stilles spørsmål ved om de reelle forskjellene som debatten indikerer, faktisk er til stede. I lys av *Intel*-dommen og den pågående debatten om metodebruken i rettspraksis, vil jeg derfor foreta en analyse av vurderingsnormen som benyttes for å bedømme lojalitetsrabatters lovlighet under art 102, herunder å redegjøre for innholdet i de ulike tilnærmingene og på den måten å fastslå om det har skjedd en utvikling i rettspraksis fra perioden før og etter utgivelsen av Veiledningen.

2 Lojalitetsrabatter

2.1 Generelt

Rabattordninger er et sentralt verktøy i konkurransesammenheng⁹. Det finnes mange ulike former for rabattsystemer, men rettspraksis har tradisjonelt skilt mellom henholdsvis kvantumsrabatter og Lojalitetsrabatter.¹⁰ *Kvantumsrabatter* er en rabattordning der et foretak tilbyr et gitt beløp i rabatt basert på et objektivt grunnlag som er likt for alle kunder (for eksempel kjøp 3 betal for 2). Slike rabattordninger er i utgangspunktet positive for konkurransen og er i de fleste tilfeller lovlige, med mindre de er diskriminerende i praksis.¹¹ *Lojalitetsrabatter* er på sin side en samlebetegnelse for ulike former for eksklusivitets og/eller lojalitetsskapende rabattordninger.¹² Disse kan defineres som en prispraksis som tilbyr lavere priser i bytte mot at kundene avtaler å handle alt og/eller store deler av sin etterspørsel fra foretaket.¹³ I praksis omfatter imidlertid begrepet også ordninger hvor kundene ikke blir bundet til leverandøren, men hvor prisstrukturen likevel *oppfordrer* kunden til å dekke sitt etterspørselsbehov hos foretaket som tilbyr rabatten.¹⁴

⁹ *Norsk konkurranserett Bind I* (2007) side 532.

¹⁰ Sak 40/73, *Suiker Unie v. EC Kommisjonen* (1975) ECR 1663 avsnitt 513, se også Jones (2014) side 455 flg., hvor kategoriseringen til EU-domstolen og Kommisjonen presiseres nærmere.

¹¹ Jones (2014) 456. Se også *Norsk konkurranserett Bind I* (2007) side 537 med henvisninger.

¹² O'Donoghue side 461.

¹³ Østerud (2010) side 69.

¹⁴ Slike rabatter defineres som målrabatter. Målrabatter kjennetegnes ved at de setter forhåndsbestemte mål som betingelse for å motta rabatt. De oppfordrer derfor kundene til å handle eksklusivt av foretaket som tilbyr rabatt. Grensene mellom de ulike rabattene er litt flytende men det vesentlige for EU-domstolene er å definere om de kan være *lojalitetsskapende*, se for eksempel Jones (2014) side 456. Grensen er i praksis litt flytende.

Kommisjonen betegner nå de lojalitetsskapende rabattene nevnt i forrige avsnitt samlet som *betingende rabatter*.¹⁵ Selv om de kan variere i form har de til felles at de setter betingelser for kunden.¹⁶ Betingelsene som knytter seg til lojalitetsrabatter vil ofte ha en ekskluderende effekt i markedet ved at konkurrentene må kompensere for rabattapet som de aktuelle kundene vil påføres ved å skifte leverandør, samtidig som kundene heller ikke kan ta seg råd til å bytte leverandør. Desto lenger inn i rabattforholdet en kunde er, særlig for målrabatter, desto vanskeligere er det for konkurrenter å få de aktuelle kundene til å dekke sitt etterspørselsbehov hos seg. Det er dette Kommisjonen og EU-domstolene anser som den såkalte ”sugeeffekten”.¹⁷

Det er den lojalitetsskapende *effekten* som *betingelsene* for rabatten medfører som gjør at lojalitetsrabatter i all hovedsak blir ansett for å være en form for ekskluderende misbruk under art. 102 for dominerende foretak i et marked, med mindre de kan objektivt rettferdiggjøres.¹⁸ Dette fordi effekten ofte fører til ekskluderende virkninger i markedet.¹⁹

2.2 Lojalitetsrabatters økonomiske virkninger

I rettspraksis legges det gjennomgående til grunn at dominerende foretak nesten utelukkende tilbyr lojalitetsrabatter i den hensikt å lovstridig ekskludere konkurrenter.²⁰ Lojalitetsrabatter antas derfor å være motivert av ekskluderende formål. Denne strenge holdningen syntes også

¹⁵ Veiledningen avsnitt 37-46., se også Jones (2014) side 456. Jeg vil videre i oppgaven benytte betegnelsen lojalitetsrabatter.

¹⁶ O'Donoghue (2013) side 461.

¹⁷ Jones (2014) side 456 og Veiledningen avsnitt 40. Se også sak C549/10 P, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen* (2010) avnitt 78.

¹⁸ I et konkurranserettslig perspektiv skilles det mellom tre hovedkategorier for misbruk under art. 102; 1) utnyttende misbruk, 2) ekskluderende misbruk og 3) sanksjonering.¹⁸ Misbrukskriteriet knytter seg til at foretaket innehar en dominant stilling i det relevante markedet. Det er ikke den dominerende stillingen i seg selv som utgjør misbruk under art. 102, men handlingen knyttet til de tre overnevnte kategoriene, se for eksempel sak 322/81 (*Michelin I*), avsnitt 57, hvor retten presiserer dette.

¹⁹ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen* (1979) ECR 461 avsnitt 90.

²⁰ O'Donoghue (2013) side 464. Se også sak T-219/99 *British Airways v. Kommisjonen* (2003) ECR II-5917 avsnitt 288.

å reflektere muligheten til å rettferdiggjøre en lojalitetsrabatt, og da særlig knyttet til eventuelle kostnadsbesparelser.²¹ Økonomisk teori støtter imidlertid ikke en slik tankegang. I et økonomisk perspektiv hevdes det derimot at lojalitetsrabatter ikke i alle tilfeller har en slik negativ innvirkning på konkurransen, og at dette er en grunn til at de benyttes i stor grad av både ikke-dominerende og dominerende foretak.²²

2.2.1 Lojalitetsrabatters konkurransefremmende virkninger

Rabattordninger er i utgangspunktet bra for konkurransen. Når kunder oppnår en direkte rabatt på varekjøp kan dette være et incentiv til at de handler mer. På denne måten økes salget av varer i markedet og man får et konsumentoverskudd. Når ulike aktører konkurrerer om prisene blir tilbudene bedre, og prisene lavere, som igjen kommer forbrukerne til gode.²³

I juridisk teori hevdes²⁴ det at også lojalitetsrabatter, på lik linje med ordinære rabatter, kan ha positive virkninger på konkurransen. De kan blant annet bidra til effektivitet ved at leverandører oppnår stordriftsfordeler, og/eller at kunder oppnår besparelser i leverandørkostnader, fordi alt, eller tilsvarende alt, av innkjøpsbehovet blir dekket fra samme sted.²⁵ Videre kan bruk av lojalitetsrabatter gi økt forutsigbarhet knyttet til bedrifters fremtidige kostnader ettersom bedriftens salgsmengde blir mer konstant ved bruk av slike rabattordninger.²⁶

Lojalitetsrabatter mellom produsent og forhandler kan også ha en positiv effekt for forbrukerne ved at lojalitetsforholdet sikrer enighet mellom produsent og forhandler knyttet til spørsmålet om hvilke ressurser som skal legges i markedsføring, promotering og investering.²⁷ Dette fordi lojalitetsforholdet gir incentiver til begge parter om å markedsføre produktet slik at salg og overskudd øker. For at begge parter interesser skal bli ivaretatt, og at usikkerheten

²¹ O'Donoghue (2013) side 464.

²² O'Donoghue (2013) side 465.

²³ O'Donoghue (2013) side 465-466.

²⁴ O'Donoghue (2013) side 464 flg. og Østerud (2010) side 69.

²⁵ Østerud (2010) side 69.

²⁶ O'Donoghue (2013) side 465.

²⁷ O'Donoghue (2013) side 466.

knyttet til partenes innsats i kontraktsforholdet begrenses, kan altså et lojalitetssystem være løsningen.²⁸

Dette kan illustreres med et eksempel fra rettspraksis. I *British Airways*²⁹ betalte flyselskapet reisebyråene en bonusbelønning på 1-2 % basert på økt salg relatert til salgshistorikk for hver reiseagent. Alle mottok en standard belønning på 7-9 % for hver solgte billett uavhengig av flyselskap. British Airways ønsket å gi et ekstra incentiv for at reisebyråene skulle øke salget av deres flybilletter, med å belønne de som klarte det. I økonomisk teori er dette en god måte å bidra til økt salg ved belønning.³⁰ Juridisk sett ble dette belønningssystemet derimot ansett som misbrukende under art. 102.³¹

2.2.2 Lojalitetsrabattens konkurransehindrende virkninger

Grunnet dominerende foretaks markedsposisjon er det de konkurransehindrende virkningene av lojalitetsrabatter som har hatt størst betydning ved vurderingen under art. 102. I et marked med dominerende aktører er konkurransen allerede begrenset, og det vil derfor være ekstra viktig å fange opp adferd som kan begrense konkurransen ytterligere³².

Det som særlig anses som en konkurransehindrende konsekvens ved bruk av lojalitetsrabatter er at incentivene som lojalitetsforholdet medfører kan skape virkninger i markedet som er tilnærmet lik eksklusive handelsavtaler.³³ Det sentrale elementet i denne sammenheng er den ekskluderende effekten på markedet som rabatten medfører. Dette betyr at konkurrenter må benytte negative priser, altså priser under kostpris, for å kunne kompensere for rabattapet som kunden får ved å bryte lojalitetsforholdet.³⁴ På sikt kan dette resultere i økonomisk underskudd slik at konkurrentene ekskluderes fra markedet. Denne *ekskluderende virkningen* tilsva- rer utfallet av rene eksklusivitetsavtaler og blir derfor strengt bedømt.³⁵

²⁸ O'Donoghue (2013) side 466.

²⁹ Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, 2003 og O'Donoghue (2013) side 466.

³⁰ O'Donoghue (2013) side 466.

³¹ Redegjøres for senere i oppgaven.

³² Zenger, *EU Competition Case Law Digest*, 2014 side 1.

³³ Østerud (2010) side 69.

³⁴ O'Donoghue (2013) side 468.

³⁵ Østerud (2010) side 60 og Jones (2014) side 378.

En annen sentral konkurransehindrende virkning av lojalitetsrabatter er at betingelsene som ligger til grunn for rabatten *begrenser* kundenes valgfrihet når det gjelder valg av leverandører, ved at de fratas muligheten til velge de produktene og tilbudene som isolert sett er best. Rabatten medfører altså at kundene får en annen kjøpsadferd enn hva som ville vært tilfellet dersom det dominerende foretaket ikke hadde tilbudt lojalitetsrabatten. En konsekvens av dette blir da at konkurransen ikke lenger beror på parameterne som generelt kjennetegner konkurranse; dvs. pris, kvalitet og lignende, men fullt ut beror på hvilke rammer betingelsene setter.³⁶

Selv om økonomer de senere år har kritisert³⁷ at det i vurderingen av lojalitetsrabatter kun tas høyde for de negative virkningene, er det fortsatt enighet om at lojalitetsrabatter i mange tilfeller vil ha konkurransehindrende effekter.

3 Domstolenes tilnærming før Veiledningen

3.1 Formbasert tilnærming vs. virkningsbasert tilnærming

Underretten og Domstolen har utviklet en rekke tester for å identifisere misbrukende handlinger under art. 102. De to hovedtypene av tilnærminger som hovedsakelig har blitt benyttet i misbruksvurderinger under art 102 er en formbasert tilnærming og en virkningsbasert tilnærming.³⁸

Hovedelementet i den formbaserte tilnærmingen er at Kommisjonen, Underretten og Domstolen anser lojalitetsrabatter for å være en form for ekskluderende misbruk under art. 102 grunnet rabattordningens spesifikke *form*, istedenfor å se nærmere på de konkrete *virkningene*.³⁹

Den formbaserte tilnærmingen skal i all hovedsak skille rabattpraksis som anses lovstridige, fra handlinger som er legitime under art. 102. Tilnærmingen fordrer at rabatten er lojalitets-

³⁶ Nohoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No.8, side 525.

³⁷ O'Donoghue (2013) side 465.

³⁸ Østerud (2010) side 159.

³⁹ Jones (2014) side 382 og Østerud (2010) side 159.

skapende. Hvis dette bekreftes, *presumeres* det at den har konkurransehindrende virkninger og at den derfor er lovstridig.⁴⁰ Målestokken for den formbaserte tilnærmingen er *kundenes valgfrihet* ved at rabatten binder kunden til å handle hos det dominerende foretaket. Der valgfrihetene anses begrenset som følge av utformingen av de dominerende foretakenes rabattordninger, vil man i all hovedsak anse det som misbrukende handling under art. 102. Når kundenes valgfrihet begrenses, kan dette føre til begrensninger i konkurrentenes adgang til markedet og konkurransen kan derfor skades, jf. punkt 2.2.2 ovenfor.⁴¹ Ut ifra tilnærmingens karakter er det ikke feil å si at den er enkelt utformet ettersom tilnærmingen i all hovedsak tar utgangspunkt i ordningens form.⁴²

Den virkningsbaserte tilnærmingen skiller misbruk av dominerende stilling fra legitim konkurranse ved å analysere om en konkret rabattpraksis faktisk har den virkningen at den hindrer konkurransen.⁴³ Til forskjell fra den formbaserte tilnærmingen kreves det her en mer omfattende redegjørelse av den konkrete rabattordningen for å kunne kartlegge de faktiske virkningene den har hatt på konkurransen.⁴⁴ Virkningsbasert tilnærming blir ofte benyttet i tilknytning til andre typer misbruk under art. 102, herunder oppkjøp av eiendomsrettigheter, prispraksis under kostpris og leveringsnektelser.⁴⁵

Rettspraksis vedrørende lojalitetsrabatter er ansett som høyst kontroversiell og har blitt sterkt kritisert⁴⁶ på bakgrunn av at det kun har blitt benyttet en formbasert tilnærming som ikke hensyntar de faktiske virkningene på konkurransen. Lojalitetsrabatten medfører, herunder eventuelle positive innvirkninger. Målet med den videre analysen vil være å identifisere hvilken fremgangsmåte Kommisjonen, Underretten og Domstolen faktisk benytter i sin vurdering av lojalitetsrabatter, herunder om det med tiden har skjedd endringer i institusjonenes metode for å vurdere disse.

⁴⁰ Østerud (2010) side 62, se også *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 534.

⁴¹ Østerud (2010), side 62.

⁴² Nærmere om hvilke kriterier som må foreligge for at rabatter er lojalitetsskapende vil være tema nedenfor i punkt. 3.3.

⁴³ Østerud (2010) side 159.

⁴⁴ Østerud (2010) side 159.

⁴⁵ Østerud (2010) side 163 flg.

⁴⁶ Østerud (2010) side 70 og O'Donoghue side 462.

3.2 Rettspraksis

Lovligheten og rettskildebildet omkring lojalitetsrabatter har hovedsakelig blitt utformet gjennom rettspraksis i etterkant av *Suiker Unie*.⁴⁷ Det var i denne saken at Domstolen første gang skilte legitim rabattpraksis fra misbrukende handling ved å kategorisere rabattordningen som ble benyttet.⁴⁸ Dette var første tegn på en formbasert tilnærming hos Domstolen i relasjon til lojalitetsrabatter. Rabattordningen i saken ble kategorisert som lojalitetsrabatt grunnet to vilkår; 1) den diskriminerte mot kjøpere som ikke gjorde alt innkjøpet sitt hos det dominerende foretaket ved å ikke tilby de rabatt og 2) den ekskluderte konkurrentene fordi de måtte tilby negative priser for å kompensere kundenes tap ved å velge å handle hos seg.⁴⁹

3.2.1 Hoffman La-Roche

3.2.1.1 Generelt

*Hoffmann-La Roche*⁵⁰ fulgte opp den strenge tilnærmingen som ble benyttet i *Suiker Unie*.⁵¹ Saken omhandlet et stort vitaminforetak, Hoffmann-La Roche, som på den tiden hadde en dominerende stilling i markedet. Selskapet inngikk eksklusive avtaler med 22 store kunder innenfor farmasøytindustrien, matkjeder og dyrematprodusenter. Dette var individuelt bestemte avtaler som kun gjaldt for de 22 kundene. I sin avgjørelse anså Kommisjonen avtalene som eksklusive og lovstridige. Dette ble begrunnet i at kundene skulle 1) kjøpe alt eller tilsvarende alt av sitt behov av vitaminer hos Roche, 2) hvert år ga Roche en rabatt til de som hadde handlet eksklusivt hos Roche og 3) beløpet på rabattene varierte for de ulike kundene. Selskapet var altså, i tillegg til å gi eksklusive avtaler, også ansvarlig for å gi lojalitetsrabatter til noen av kundene. Hoffmann-La Roche holdt en dominerende stilling i markedet i lys av art. 102 og ble derfor ansett for å misbruke sin dominerende stilling ved å tilby slike avtaler og rabatter. Selskapet anket avgjørelsen videre til Domstolen. Et av hovedspørsmålet som da

⁴⁷ Saker 40/73 ect. *Suiker Unie and others v. Kommisjonen* (1975) ECR 1663 avsnitt 513.

⁴⁸ Østerud (2010), side 70.

⁴⁹ Jones (2014) side 457 (dette tilsvarte ofte tapet på rabatter for et helt år, da dette var rabattordningens referanseperiode).

⁵⁰ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen* (1979) ECR 461.

⁵¹ Jones (2014) side 457.

kom opp var om Hoffmann-La Roches betingende rabatter var å anse som misbruk i lys av art. 102.⁵²

3.2.1.2 Domstolens vurderinger

Domstolen bekreftet at lojalitetsrabatter er misbruk under art. 102 dersom de utføres av dominerende foretak i markedet. Dommen illustrerer også den nære sammenhengen mellom betingende rabatter og eksklusivitetsavtaler;

*”An undertaking which is in a dominant position on the market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 102, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate. The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer’s obtaining all or most of its requirements – whether the quantity of its purchases be large or small – from the undertaking in a dominant position.”*⁵³

Som det fremkommer av Domstolens uttalelse sitert over, er altså virkningen av rabatten i det konkrete tilfelle ikke nødvendig å ta hensyn til så lenge et dominerende foretak gir rabatt på grunnlag av betingelser. Disse betingelsene kan i all hovedsak føre til samme ekskluderende virkninger som eksklusive kjøpsavtaler.⁵⁴ Domstolen begrunnet dette med at konkurrentene i slike tilfeller ekskluderes fra markedet. På denne måten hindres konkurransen. Dette samsvarer med Domstolens vilkår i *Suiker Unie*. Uttalelsen viser også at ulovligheten av lojalitetsrabatter direkte knyttes til forbudet mot eksklusive handelsavtaler.

⁵² O’Donoghue (2013) side 473.

⁵³ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen*, avsnitt 89 (sitat fra rettspraksis vil i det følgende være på engelsk).

⁵⁴ Jones (2014) side 458.

Videre synes Domstolen her å vektlegge begrensningen i kundenes valgfrihet ved en slik rabattordning;

”.....they are not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choice of sources of supply and to deny other producers access to the market.”⁵⁵

Ovenfor nevnte sitat viser at det var rabattordningens utforming som var det sentrale i avgjørelsen, og det syntes derfor klart at Domstolen benyttet en formbasert tilnærming fremfor en virkningsbasert.

Domstolen avgrenset kvantumsrabatter, som de mente var lovlige, mot betingende rabatter som var lovstridige, i samsvar med *Suiker Unie*. Domstolen uttalte videre at selv om grensen mellom disse rabattordningene ikke alltid var tydelig kunne det likevel fastslås om rabattene faktisk var lojalitetsskapende;

”Although the (fidelity rebate) contracts at issue contain elements which appear at first sight to be of a quantitative nature as far as concerns their connexion with the granting of a rebate on aggregate purchases, an examination of them however shows that they are in fact a specially worked out form of fidelity rebate.”⁵⁶

De overfor nevnte uttalelsene har i etterkant, som jeg også skal belyse videre i oppgaven, blitt slavisk fulgt i mange saker, også der rabattene ikke var ansett for å være rene lojalitetsrabatter, men betingende i sin form og derfor lojalitetsskapende. En rabatt som er objektiv i forhold til volum og kan tilpasses alle typer kunder anses å være en kvantumsrabatt. Hvis den derimot knytter seg til kundens *forventede* handel over en periode, og setter *betingelser*, kategoriseres den som lojalitetsrabatt.⁵⁷ Disse vilkårene oppstilt av Domstolen tydeliggjorde skillet mellom

⁵⁵ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen*, avsnitt 90.

⁵⁶ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen*, avsnitt 98.

⁵⁷ Wish (2012) side 730.

henholdsvis kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter, og fremhevet hvorfor lojalitetsrabatter som følge av sin form er misbrukende.⁵⁸

Domstolen åpnet videre for at lojalitetsrabatter kan objektivt rettferdiggjøres, men slik at dette må forankres i et økonomisk hensyn som er tilknyttet den konkrete rabattordningen.⁵⁹ En formbasert tilnærming under art. 102 som Domstolen fremla i avsnitt 89 ovenfor, har i etterkant blitt kritisert for å være for lite virkningsorientert.⁶⁰ I *Solvay-saken*⁶¹, som også gjaldt lojalitetsrabatter, svarte Advocate General Kokott på denne kritikken;

*"I would add merely for the sake of completeness that Solvay's (ill-substantiated) complaint to the effect that the case-law of the Court of Justice concerning fidelity rebates is formalistic and has no economic basis is also unfounded. As has already been said, when assessing rebate schemes, the Court of Justice takes into account all the circumstances of the individual case and expressly recognises the possibility of an objective economic justification... This is anything but formalistic."*⁶²

En naturlig tolkning av sitatet ovenfor er at en objektiv begrunnelse anses for å være et element som representerer en virkningsbasert tilnærming. Dette kan være vanskelig å forstå da argumentasjonen er relatert til et unntak fra hovedregelen om misbruk. Hovedelementet i vurderingen om lojalitetsrabattene i *Hoffmann-La Roche* er, som vist ovenfor, betingelsene rabattene skaper og begrensningene disse legger på kundenes valg av leverandør. I vurderingen til Domstolen om rabattordningen til Hoffmann-La Roche kunne objektivt rettferdiggjøres la de vekt på hvordan en lojalitetsrabatt, i motsetning til en kvantumsrabatt, er utformet til å hindre kundenes valgfrihet ved å benytte økonomiske fordeler. Videre var det av betydning at lojalitetsrabatter skapte ulike vilkår for aktørene i markedet.⁶³ Samlet sett er det derfor vanskelig å se klare spor av en virkningsbasert tilnærming i *Hoffmann-La Roche*, slik Kokott mener en objektiv begrunnelse skal bidra til. Domstolen benyttet her i all hovedsak den samme formba-

⁵⁸ Jones (2014) side 458.

⁵⁹ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen*, avsnitt 90.

⁶⁰ Jones (2014) side 458.

⁶¹ Sak C-109/10 P *Solvay SA v. Kommisjonen*.

⁶² Kokott (2011).

⁶³ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Kommisjonen*, avsnitt 90.

serte tilnærmingen som de benyttet ved vurderingen av om lojalitetsrabatten var ulovlig under art. 102.

3.2.2 Michelin – sakene

3.2.2.1 Michelin I

Basert på begrunnelsen i *Hoffmann-La Roche* er det interessant å se hvordan Domstolen forholdt seg til lojalitetsrabatter i de etterfølgende sakene. I 1983 ble dekkprodusenten Michelin dømt for å misbruke sin dominerende stilling⁶⁴. Spørsmålet i saken var om Michelins rabattordninger var å anse som misbruk av dominerende stilling i lys av art. 102.

Michelin var på denne tiden dominerende leverandør av dekk til forskjellige dekkforhandlere på markedet. Michelin ga rabatter til de forhandlerne som la inn en stor nok bestilling for det påfølgende året, slik at forhandlerne i sin helhet solgte flere av Michelin sine dekk. Rabatten ble verken ansett for å være en kvantumsrabatt eller en eksklusivitetsrabatt. I lys av avgjørelsen i *Hoffmann-La Roche* kategoriserte Domstolen rabattordningen for å være en individualisert retroaktiv målrabatt.⁶⁵ Betydningen av denne kategoriseringen viste seg i Domstolens mer omfattende analyse av forholdene rundt rabattordningen, herunder kriteriene for rabatten og betydningen den hadde for forhandlerens frihet i det relevante markedet;

*”In deciding whether Michelin NV abused its dominant position in applying its discount system it is therefore necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rules for the grant of the discount, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount tends to remove or restrict the buyer’s freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.”*⁶⁶

⁶⁴ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, (1983) ECR 3461.

⁶⁵ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, (1983) ECR 3461 avsnitt 72.

⁶⁶ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, (1983) ECR 3461, avsnitt 73.

Slik jeg tolker overfor nevnte uttalelse synes Domstolen her å åpne opp for en noe mer nyanisert vurdering enn hva som ble lagt til grunn i *Hoffmann-La Roche. Michelin I* – saken indikerer til en viss grad at Domstolen avvek noe fra en ren formbasert tilnærming ved at de åpnet for at de faktiske virkningene rabattordningene kan ha på konkurransen bør vurderes konkret. Denne metoden tilsvarer mer den virkningsbaserte tilnærmingen som beskrevet i punkt 3.1 over. Begrunnelsen for denne dreiningen kan kanskje være at Michelin-saken omhandlet *lojalitetsskapende målrabatter* i motsetning til rene lojalitetsrabatter.

Michelin ble likevel ansett for å ha overtrådt art. 102. Begrunnelse var at målrabatten ble ansett som *betingende* for forhandleren i den forstand at de bandt seg til å handle mer enn fjorårets salg for å få rabatt. Rabatten ble også gitt over et helt år, noe som utgjorde store beløp. Michelin hadde også en stor markedsandel og det ble derfor betydelig vanskeligere for konkurrentene å skulle opprettholde konkurransedyktigheten ved å matche rabatten gitt av Michelin.⁶⁷

*“any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the purchase figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the loss for the entire period.”*⁶⁸

Selv om rabattordningen ut i fra sin form ikke ble ansett for å være en ren lojalitetsrabatt, ser vi at Domstolen bruker mye av de samme argumentene de gjorde i *Hoffmann-La Roche*, hvor de vektlegger kundens grad av binding for å oppnå rabatten. Det er også denne målestokken som er utgangspunktet for den formbasert tilnærmingen nevnt ovenfor i punkt 3.1. Målrabatter ble derfor i *Michelin I* for første gang ansett for å ha ekskluderende effekt på lik linje som lojalitetsrabatter.⁶⁹

⁶⁷ Jones (2014) side 462.

⁶⁸ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 81.

⁶⁹ Jones (2014) side 460-462. I Sak T-228/97, *Irish Sugar v. Kommisjonen*, (1999) ECR II-2969 fastslo Domstolen målrabattens sammenheng med lojalitetsrabatter. De er lojalitetsskapende i den betydning at de legger et press på kunden om å forholde seg til en bestemt leverandør for å kunne oppnå rabatt i slutten av måleperioden. Også i denne avgjørelsen vurderte domstolen forholdene rundt rabatten, og viste tegn på en virkningsanalyse i samsvar med *Michelin I*, se også *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 543.

Domstolen åpnet også her for en objektiv begrunnelse for rabatten. I likhet med *Hoffmann-La Roche* var målestokken; ”any economic service justifying it”.⁷⁰ Det avgjørende for Domstolen var også her den begrensningen rabattordningen la på kundenes valgfrihet og hvilke differanse i konkurransevilkårene det skapte på markedet. Et slikt lojalitetsforhold vil ikke være egnet til å ha positive virkninger på konkurransen og for forbrukerne sånn at den kan økonomisk rettferdiggjøres.⁷¹ Vurderingen synes også her å mangle et virkningselement og fremstår derfor som en formbasert tilnærming i likhet med det som ble benyttet i *Hoffmann-La Roche*.

Det kan hittil virke som at det etter denne avgjørelsen har blitt etablert en praksis der rene lojalitetsrabatter umiddelbart blir ansett som lovstridige basert på at de binder kundene og på denne måten ekskluderer konkurrentene fra markedet, jf. premissene i *Hoffmann-La Roche* redegjort i punkt 3.2.1. For målrabatter synes det likevel som om *Michelin I* åpner for en moderat virkningsbasert analyse der alle forhold rundt rabattordningen må undersøkes for å definere misbrukende handling under art. 102. Det avgjørende også for målrabatter virker likevel å være *utformingen* av rabattordningen, det vil si at det avgjørende for å definere misbruk er å fastslå om rabattordningen setter betingelser for kunden. Dersom disse betingelsene blir påvist er det vanskelig å objektivt rettferdiggjøre rabatten.

3.2.2.2 Michelin II

I 2001 ble Michelin på nytt ansvarlig for brudd på art. 102. Kommisjonen mente at Michelin innførte et bonusprogram ovenfor forhandlerne som for praktiske formål innebar det samme som ordningen selskapet ble dømt for i *Michelin I*. Betingelsene i rabattordningen nødvendiggjorde at forhandlerne måtte overgå fjorårets salg for å oppnå rabatt.

Michelin anket avgjørelsen i 2003, men også Underretten fant bonusordningen i strid med art. 102. Til forskjell fra de overnevnte sakene som omhandlet individuelt bestemte rabatter, var rabattordningen i *Michelin II*-saken av generell karakter. Spørsmålet i saken var altså om også

⁷⁰ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 73.

⁷¹ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 85.

denne formen for rabattordning utgjorde misbruk av dominerende stilling i betydningen av art. 102.⁷² I sin avgjørelse uttalte Underretten følgende om rabattenes lovlighet;

*”It is apperent from a consistent line of decisions that a loyalty rebate, which is granted in return for an undertaking by the customer to obtain his stock exclusively or almost exclusively from an undertaking in a dominant position, is contrary to Article 102 TFEU.”*⁷³

Underrettens uttalelse i overnevnte sitat viser – på samme måte som i *Michelin I* – at lojalitetsrabatter er lovstridig grunnet dens betingende form. Videre synes Underretten å legge til grunn at tidligere rettspraksis også anser *lojalitetsskapende* rabatter for å være ulovlige;

*”However, it may be inferred generally from case-law that any loyalty – inducing rebate system applied by an undertaking in a dominant position has foreclosure effects prohibited by Article 102 TFEU.”*⁷⁴

Underretten foretar imidlertid ingen drøftelser relatert til den moderate virkningsbaserte tilnærmingen som *Michelin I* åpnet for. Det ble altså ikke vurdert hvorvidt rabattordningen var til skade for forbrukeren eller medførte konkurransehindrende virkninger, som i *Michelin I*.

Avgjørelsen tilfører imidlertid et nytt element i tilnærmingen som ikke tidligere har vært med i drøftelsen av lojalitetsrabatter;

*” For the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position **tends** to restrict competition or, in other words, that the conduct **is capable** of having that effect”.*

⁷⁵

⁷² Norsk Konkurranserett Bind I (2007) side 544.

⁷³ Sak T-203/01, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 56.

⁷⁴ Sak T-203/01, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 65.

⁷⁵ Sak T-203/01, *Michelin v. Kommisjonen* (2003) avsnitt 239 (min utheving).

Basert på overnevnte sitat synes altså *Michelin II* å legge til grunn en skjerpet tilnærming sammenliknet med tidligere praksis ved at Underretten innfører et *egnethetskrav* i vurderingen. Det er ikke nødvendig å vise til negative virkninger på konkurransen så lenge rabattordningen er *egnet* til det.⁷⁶ Nevnte sitat er tankevekkende ettersom retten her konkluderer med at det er tilstrekkelig for å anse en rabattordning for ulovlig dersom den *potensielt* kan ha konkurransehindrende virkning. Underretten tar altså avstand fra de mer utførlige avgjørelsene i *Michelin I* og *Irish Sugar*. Hvis man skal tolke egnethetskravet ut ifra språket benyttet i art. 101 (1) TFEU, er lojalitetsskapende rabattordninger misbrukende *i seg selv* (by object) og det er derfor heller ikke nødvendig å bevise virkningen.⁷⁷

Om rabattens egenskap uttalte Underretten videre;

*”It follows that a rebate system in which the rate of the discount increases according to the volume purchased will not infringe Article 82 EC unless the criteria and rules for granting the rebate reveal that the system is not based on a economically justified countervailing advantage but tends, following the example of loyalty and target rebate, to prevent customers from obtaining their supplies from competitors.”*⁷⁸

I samsvar med tidligere rettspraksis ble også her kundenes begrensning i valgfrihet vektlagt. Underretten fremhevet videre at perioden hvor rabatten måltes ut ifra var lang, sammenholdt med den betydelige forskjellen rabatten utgjorde ut ifra mengden dekk som ble kjøpt. Dette resulterte i at Underretten anså rabatten som betingende for kunden, og derfor i strid med art. 102.⁷⁹

Underrettens avgjørelse i *Michelin II* har blitt kritisert⁸⁰ for å bidra til å opprettholde en formbasert tilnærming til rabattordninger. Selv om Underretten i denne avgjørelsen åpnet for at Michelin kunne bevise en objektivt rettferdiggjøring av rabatten, støttet de seg til vurderingene gjort av Domstolen i de foregående sakene, og argumenterte for at et rabattsystem som

⁷⁶ Jones (2014) side 469 og *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 545.

⁷⁷ Wish (2012) side 200.

⁷⁸ Sak T-203/01, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 81.

⁷⁹ Sak T-203/01, *Michelin v. Kommisjonen* avsnitt 95.

⁸⁰ O'Donoghue (2013) side 481.

begrenser kundenes valgfrihet og binder de til et selskap, ikke medførte økonomiske fordeler som kunne objektivt rettferdiggjøre rabattordningen⁸¹ En slik bevisføring som hviler på det dominerende foretaket for å objektivt begrunne rabatten vil i praksis nesten være umulig. Rettspraksis viser at verken Kommisjonen eller Domstolen har godkjent en slik rettferdiggjøring i relasjon til rabatter de siste 60 årene.⁸²

Basert på *Michelin II* kan det altså umiddelbart synes som at en ren formbasert tilnærming igjen er utgangspunktet for lojalitetsrabatter under art. 102. Begrunnelsen til Underretten i denne avgjørelsen er i sin helhet gitt med bakgrunn i rabattordningenes *form*. Et viktigst moment som kan utledes fra saken er at det nå, for lojalitetsskapende rabatter, ikke synes å foreligge krav om at retten må vise de faktiske virkningene rabattordningen har. Det er altså tilstrekkelig å vise til at rabattordningene er *egnet* til å ha konkurransehindrende virkninger.⁸³

Det kan likevel kanskje argumenteres for at egnethetskravet er ment som et bidrag til en virkningsbasert tilnærming. Det blir som følge av dette nødvendig å vurdere om rabattordninger er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen. Etter min mening synes imidlertid dette i så fall å være et bidrag som i utgangspunktet ikke fungerer slik det eventuelt er ment. Egnethetskravet utgjør ingen reell virkningsvurdering hos Underretten, da de enkelt presumerer at rabatten er egnet til å ha slike virkninger.⁸⁴ Det virker altså som at det fortsatt er en formbasert tilnærming som er utgangspunktet for vurderingen av lojalitetsrabatter, og at terskelen for misbruk i forhold til rabattordninger som setter betingelser for kunder er svært lav.

Det bemerkes imidlertid at denne avgjørelsen ble avgjort av Underretten. Om Domstolen benytter samme utgangspunkt som i *Michelin I*, eller følger Underrettens avgjørelse i *Michelin II*, vil belyses i punkt 3.2.3.

⁸¹ Sak T-203/01, *Michelin v. Kommisjonen* avsnitt 110. Igjen synes ikke vurderingen for objektiv begrunnelse til å benytte virkningsbaserte elementer. Den virker i all hovedsak til å følge vurderingen som allerede er etablert i tilknytning til å definere rabattordningene som lojalitetsskapende, som hittil er lite virkningsbasert.

⁸² O'Donoghue (2013) side 481.

⁸³ Jones (2014) side 469.

⁸⁴ Se dommens avsnitt 239.

3.2.3 British Airways

3.2.3.1 Innledning

Samme år som *Michelin II* ble det avsagt dom i saken mellom British Airways og Kommisjonen. Saken omhandlet et belønningssystem British Airways tilbød reisebyråene som solgte deres billetter. Målt gjennom en bestemt periode utgjorde dette store økninger i reisebyråenes provisjonsbelønninger, og det ble derfor vanskelig for andre flyselskaper å kunne holde seg på et konkurrerende prisnivå ovenfor byråene.⁸⁵

British Airways ble vurdert som et dominerende foretak i det britiske flyselskapsmarkedet. Som følge av selskapets dominerende posisjon i markedet anså Kommisjonen det som svært vanskelig for konkurrentene å kunne tilby samme prosentvise rabatter som British Airways, grunnet deres lavere salgsvolum i markedet. Kommisjonen kom til at denne slags rabattsystem var ekskluderende i henhold til art. 102, og utgjorde en lojalitetsrabattatt i betydningen av *Hoffmann-La Roche* og *Michelin*-sakene. Kommisjonen benyttet her en kategorisering av rabatten, i tråd med tidligere praksis. Uten en nærmere vurdering av rabattens virkning anså de British Airways for å hensiktsmessig innføre rabattordningen for å utelukke konkurrenter fra markedet.⁸⁶

Underretten støttet Kommisjonens og fulgte sin egen avgjørelse i *Michelin II* hvor de la en formbasert analyse til grunn; 1) først påvise at rabattordningen har lojalitetsskapende betingelser og 2) dersom dette bekreftes åpnes det for at ordningen kan objektivt rettferdiggjøres ut ifra økonomiske hensyn.⁸⁷ Det var altså ikke nødvendig å bevise virkningen av rabatten for å påvise lojalitetsbetingelser, det var kun tilstrekkelig å *anta* at den var egnet til å ha konkurransehindrende virkning eller var konstruert til å kunne ha en slik virkning. British Airways anførsler om rettferdiggjørelse av rabattordningen førte heller ikke frem. De anket avgjørelsen, og i 2004 havnet den hos Domstolen.

⁸⁵ Jones (2014) side 469.

⁸⁶(2002) OJ L30/1, (2000) 4 CMLR 999 (*Virgin/BA*) avsnitt 96 og Jones (2014) side 469.

⁸⁷ *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 546, Sak T-219/99, *British Airways v. Kommisjonen*, 2003 ECR II-5917.

3.2.3.2 Domstolens avgjørelse

Det bør innledningsvis bemerkes at i årene mellom Underrettens avgjørelse og Domstolens behandling av saken, var lojalitetsrabatter og tilnærmingen til disse et stort diskusjonstema i fagmiljøet.⁸⁸ Denne debatten startet i lang tid før Veiledningen til Kommisjonen ble publisert i 2009. Kommisjonen selv hadde i disse årene erkjent at det var nødvendig med en tilnærming som i større grad fokuserte på de konkrete økonomiske virkningene av rabattordninger hvis hensynet til forbrukervelferd skulle ivaretas på best mulig måte.⁸⁹ Dette standpunktet hadde sin bakgrunn i et mer økonomisk perspektiv der noen av virkningene kunne vise seg å være til fordel for kunden og konkurransen, jf. punkt. 2.2.1. Det var derfor knyttet spenning til Domstolens avgjørelse, særlig fordi deler av British Airways anførsler nettopp omhandlet mangelfull analyse av rabattens virkning. Domstolen opprettholdt imidlertid avgjørelsen til Underretten fra 2001, og fulgte egnethetskravet definert i *Michelin II*.⁹⁰

Domstolen refererte hovedsakelig til *Michelin*-sakene fremfor *Hoffmann-La Roche*. Årsaken til dette var at bonusprogrammet til British Airways ble ansett som en lojalitetsskapende mål-rabatt fremfor en ren lojalitetsrabatt i betydningen av *Hoffmann-La Roche*.⁹¹ I avsnitt 68 i avgjørelsen uttaler Domstolen følgende om hva som må vurderes for å avgjøre om British Airways har handlet i strid med art. 102;

*"It follows that in determining whether, on part of an undertaking in a dominant position, a system of discounts or bonuses which constitute neither quantity discounts or bonuses nor fidelity discounts or bonuses within the meaning of the judgement in Hoffmann-La Roche constitutes an abuse, it first has to be determined whether those discounts or bonuses can produce an exclusionary effect, that is to say whether they are **capable**, first, of making market entry very difficult or impossible for competitors of the undertaking in a dominant position and, secondly, of making it more difficult or*

⁸⁸ Jones (2014) side 470.

⁸⁹ Jones (2014) side 470.

⁹⁰ Jones (2014) side 470.

⁹¹ Wish (2012) side 734.

impossible for its co-contractors to choose between various sources of supply or commercial partners.”⁹²

Som det fremgår av sitatet kan det umiddelbart synes som om Domstolen åpner for en virkningsbasert tilnærming i samsvar med *Michelin I*. Dette er imidlertid ikke tilfelle. For å avgjøre om bonusordningen var misbrukende refererer Domstolen til Underrettens avgjørelse, hvor det fremkommer at bonusprogrammet til British Airways medførte ekskluderende virkninger for de andre flyselskapene.⁹³ Det ble særlig lagt vekt på konkurrentenes begrensede mulighet til å stille med et bonusprogram som kunne være konkurransedyktig på linje med British Airways. Dette er en konkurransehindrende virkning som særlig anses som negativ jf. punkt. 2.2.3.

Avgjørelsen viser at rabatter som binder kunden til å handle eksklusivt eller nesten alle sine varer fra et dominerende foretak i betydningen av *Hoffmann-La Roche*, fortsatt anses for å være misbrukende under art. 102.⁹⁴ Når det gjelder målrabatter, som også var tema i *Michelin* sakene, må ordningen imidlertid vurderes ut ifra to forhold; 1) om rabattordningen er egnet til å skape ekskluderende virkninger i markedet og 2) og om det foreligger objektive økonomiske begrunnelser for rabattordningen⁹⁵;

*”the Court held it necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rules governing the grant of the discount, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount **tends** to remove or restrict the buyers’ freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition (Michelin, paragraph 73).*”⁹⁶

⁹² Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, avsnitt 68 (min utheving).

⁹³ Dommens avgjørelse avsnitt 72-77.

⁹⁴ Jones (2014) side 475.

⁹⁵ Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, avsnitt 67, se også Jones (2014) side 475.

⁹⁶ Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, avsnitt 67 (min utheving).

Fra uttalelsen ovenfor kan det konkluderes med at det særlig er British Airways' bonusprogram sin *egnethet* til å skape ekskluderende virkninger som ble vektlagt. Domstolen bekrefter altså her egnethetskravet fremsatt av Underretten i *Michelin II*.

British Airways anførte at Underretten i sin avgjørelse burde foretatt en mer konkret analyse av hvorfor bonusprogrammet var i strid med art. 102. De mente at bonusprogrammet deres ikke tilhørte noen av kategoriene i artikkelens andre ledd og at det derfor ikke kunne anses å være ulovlig. Til dette uttalte Domstolen at det ikke er nødvendig at rabatter og bonusordninger tilhører en av de nevnte kategoriene i art. 102 (2) for å være ulovlige, ettersom listen ikke er uttømmende. Videre henviste Domstolen til tidligere rettspraksis hvor det vektlegges at art. 102 ikke bare rammer rabatter som direkte skader forbrukere, men også indirekte ordninger som ut ifra sin egenskap er *egnet* å skade forbrukervelferd.⁹⁷ British Airways anførte at ordningen kunne objektivt rettferdiggjøres. Domstolen konkluderte imidlertid raskt med at rabattordningen ikke kunne rettferdiggjøres, uten nærmere undersøkelser.⁹⁸ Sistnevnte viser igjen at en objektiv rettferdiggjøring er vanskelig å påberope seg for lojalitetsrabatter.

Domstolens standpunkt i denne avgjørelsen viser igjen at en formbasert tilnærming opprettholdes fremfor en virkningsbasert tilnærming, og da særlig ved at de ikke stiller strengere krav til hvorfor det er til skade for forbrukerne og således i strid med art. 102.⁹⁹ Debatten som pågikk fra Kommisjonens avgjørelse og frem til behandlingen i Domstolen virker foreløpig ikke å ha hatt noen innvirkning på Domstolens vurdering av lojalitetsrabatter, heller ikke for unntaket for objektiv begrunnelse.

3.3 Oppsummering

Overnevnte analyse viser at det har skjedd noen endringer i måten Domstolen vurderer lojalitetsskapende rabatter under art. 102, herunder så vel rene lojalitetsrabatter som målrabatter. *Michelin I* åpnet for en nærmere vurdering av forholdene rundt rabattordningen i tilfeller av lojalitetsskapende målrabatter. Dette bekreftes også i *British Airways*, der Domstolen påpekte at rabatter som i *Michelin I og II*, må bli vurdert ut ifra omstendighetene i saken, men spesielt

⁹⁷ Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, avsnitt 106.

⁹⁸ Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, avsnitt 284.

⁹⁹ Jones (2014) side 475.

ut ifra to forhold; 1) om rabatten er egnet til å skape ekskluderende virkning i markedet og 2) om det foreligger objektive økonomiske begrunnelser for ordningen.¹⁰⁰ Dette kan indikere at Domstolen åpner for en mer virkningsbasert tilnærming, men dog for rabatter som ikke er rene lojalitetsrabatter.

Det kan videre synes som at *Michelin II* og *British Airways* representerer en innskjerping av misbrukskriteriet for lojalitetsrabatter. I *British Airways* benyttet Domstolen en formbasert fremfor en virkningsbasert tilnærming, og Domstolen tok derfor ikke hensyn til økonomiske virkninger og forhold tilknyttet forbrukervelferd.¹⁰¹ Det indikerer derfor at Domstolen finner det tilstrekkelig at lojalitetsrabatter har, eller er egnet til å ha, negativ virkning på konkurransen for å kategorisere det som misbruk under art. 102 i tråd med de to ovenfor nevnte forholdene i vurderingen.

En formbasert tilnærming ser altså hittil ut til å være normen, og Domstolen presumerer, grunnet rabattens spesifikke form, at den er *egnet* til å skade konkurransen. Egnethetskravet blir med dette ingen selvstendig reell drøftelse. Terskelen blir med dette meget lav for å påvise lojalitetsrabatters negative virkninger på konkurransen. Det kan heller ikke, som tidligere nevnt, synes som at den faglige debatten har hatt innvirkning på Domstolens vurderinger. Det er kun i tilfeller der rabattordningene ikke er rene lojalitetsrabatter, men lojalitetsskapende,¹⁰² at Domstolen åpner for en nærmere analyse, men dog begrenset til konkurrentenes tilgang på markedet og kundenes valgfrihet.

4 Veiledningen

4.1 Generelt

På bakgrunn av avgjørelsen i *British Airways* og debatten som startet i fagmiljøet i forkant av den, begynte Kommisjonen arbeidet med en modernisering av tilnærmingen til art. 102.¹⁰³

¹⁰⁰ Jones (2014) side 475.

¹⁰¹ Sak C-95/04, *British Airways v. Kommisjonen*, avsnitt 106 og 107. Se også punkt 3.2.3.2.

¹⁰² Rabattordningen som ble definert i *Michelin I*.

¹⁰³ Jones (2014) side 475.

Veiledningen er et resultat av Diskusjonsnotatet¹⁰⁴ fra 2005 som startet prosessen mot en mer virkningsbasert tilnærming. Veiledningen ble utgitt i 2009 og beskriver vurderingen Kommisjonen gjør av ulike handlinger som kan være i strid med art. 102, herunder betingende rabatter. Bakgrunnen for dette dokumentet var som nevnt innledningsvis i oppgaven den mye kritiserte tilnærmingen som tidligere ble benyttet, som kritikkerne, særlig økonomer, mente ikke tok hensyn til de konkurransefremmende aspektene ved lojalitetsrabatter.¹⁰⁵ Å ivareta ordninger som er til fordel for forbrukerne er et selvstendig formål bak Veiledningen.¹⁰⁶ For å oppnå dette formålet inneholder derfor Veiledningen en beskrivelse av hvordan Kommisjonen vil vurdere betingende rabatter under art. 102, med særlig fokus på en virkningsbasert kostnadsanalyse i form av prisvurderinger, effektivitet osv. Det fremkommer av Veiledningen at man bør bli dømt ut ifra virkningen av rabattordningen i den konkrete saken, ikke kun ut ifra egenskapen av den, og viktigst av alt om det er til skade for forbrukeren eller ikke. Dette står særlig i kontrast til de seneste avgjørelsen i *Michelin II* og *British Airways*, hvor Domstolens tilnærming har hovedsakelig basert seg på en formbasert vurdering.

4.1.1 Veiledningens rettskildeverdi

Det følger av veiledningens del II formålet bak dokumentet;

*”This document sets out the enforcement priorities that will guide the Commission’s action applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant undertakings. Alongside the Commission’s specific enforcement decisions, it is intended to provide greater clarity and predictability as regards the general framework of analysis which the Commission employs in determining whether it should pursue cases concerning various forms of exclusionary conduct and to help undertakings better assess whether certain behaviour is likely to result in intervention by the Commission under Article 82.”*¹⁰⁷

¹⁰⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005).

¹⁰⁵ O’Donoghue (2013) side 489.

¹⁰⁶ Veiledningen avsnitt 1.

¹⁰⁷ Veiledningen avsnitt 2.

Videre presiseres det at Veiledningen ikke er en fastsettelse av loven, og ikke har betydning for Domstolens bedømmelse under art. 102. Det er derfor legitimt å stille spørsmål ved Veiledningens betydning og rettskildeverdi ved vurderingen av lojalitetsrabatter. Det er Domstolens oppgave alene å tolke rettsreglene. Formålet med Veiledningen er, som vist i sitatet ovenfor, å skape en felles forståelse for hva Kommisjonen vektlegger i sine avgjørelser under art. 102. Dette skal bidra til å skape klarhet og forutsigbarhet for foretak når de planlegger sin prispolitikk. Ved å ta utgangspunkt i Veiledningen, viser Kommisjonen hvilke saker som er egnet til å fremmes for Domstolen og hvilke handlinger som er mest egnet for videre forfølgelse av EU institusjonene.

Generaladvokat Kokott bemerker i sin uttalelse tilknyttet *British Airways* at det er Kommisjonens ansvar å arbeide under de retningslinjer og tolkningsfaktorer som fastsettes av EU-domstolen, ikke omvendt.¹⁰⁸ Dette tydeliggjør Veiledningens rettskildeverdi ved at den i utgangspunktet ikke har noen rettskildeverdi for Domstolen. Veiledningen er likevel viktig for den videre analysen, der fokuset vil være å se om den, *til tross for* dens mangel som rettskildeverdi, har satt spor i nyere avgjørelser hos Domstolen. Kan man si at Veiledningen og dens økonomibaserte tilnærming viser seg å gi utslag i nyere rettspraksis slik kritikerne av den formbaserte metoden etterlyser?

4.2 Virkningsbasert tilnærming under art. 102

I veiledningens avsnitt 23 – 27 forklarer Kommisjonen fremgangsmåten for å avgjøre om en like effektiv konkurrent er i risiko for å bli utelukket fra markedet. En forutsetning for at konkurransehindrende virkninger skal oppstå er at konkurrentene ikke lenger konkurrerer på *like* vilkår. De har derfor oppstilt en AEC-test, en ”as efficient competitor – test”. Av Veiledningen fremgår at konkurransehindrende virkninger har to elementer; 1) virkningen, herunder selve utelukkelsen, hindringen osv., og 2) hensynet til forbrukervelferd.¹⁰⁹

Målestokken for AEC-testen er hvilken pris en konkurrent må tilby kundene for å *kompensere* for tapet den tilbudte rabatt gitt av det dominerende foretaket utgjør. Dersom denne prisen er lavere enn kostpris, det vil si innkjøpspris pluss eventuelle tilknyttede kostnader, indikerer

¹⁰⁸ Kokott (2006) avsnitt 28.

¹⁰⁹ Jones (2014) side 383.

dette at det dominerende foretaket gir kundene en lovstridig lojalitetsrabatt. Motsetningsvis, hvis prisen holder seg over kostpris, konkurrerer foretakene på like premisser, og det er derfor ikke snakk om ekskluderende virkninger i markedet. Dette samsvarer med de ekskluderende virkningene lojalitetsrabatter er ansett for å ha i egenskap av å være lojalitetsskapende, og hvorfor de hittil har blitt strengt bedømt, jf. punkt. 2.2.2.

4.2.1 Misbruksvurderingen for betingede rabatter/AEC-testen

AEC-testen kan sies å ha tre faser. Først må Kommisjonen estimere hvilken pris konkurrerende aktører må tilby for å kompensere kundens tap dersom kunden velger å ikke handle hos det dominerende foretaket. Prisen regnes ut i fra en relevant salgsmengde og en relevant periode.¹¹⁰ Kommisjonen skiller i den sammenheng mellom retroaktive og inkrementelle rabatter for å finne relevant salgsmengde;

”For incremental rebates, the relevant range is normally the incremental purchases that are being considered. For retroactive rebates, it will generally be relevant to assess in the specific market context how much of a customer’s purchase requirements can realistically be switched to a competitor (the ‘contestable share’ or ‘contestable portion’).”¹¹¹

Overnevnte sitat viser at dersom kundene er villig til å bytte leverandør raskt for en betydelig del av innkjøpsbehovet sitt, er den relevante salgsmengden stor. Motsetningsvis blir den relevante salgsmengden lav dersom kundene kun er villig, eller har mulighet til å bytte leverandør for en liten andel av innkjøpene sine. Dette betyr igjen at desto lavere pris som må tilbys i forhold til variable kostnader for det dominerende foretaket, desto sterkere er den bindende effekten for kundene.¹¹²

Fase to går ut på å sammenlikne den effektive prisen funnet i fase en med kostnadene til det dominerende foretaket. Kommisjonen gjennomfører dette ved å benytte en pris/kostnads-test

¹¹⁰ O’Donoghue (2013) side 492.

¹¹¹ Veiledningen, avsnitt 42.

¹¹² Veiledningen, avsnitt 42, også omtalt i rettspraksis som ”sugeeffekten” jf. punkt 2.1.

(AEC testen nevnt over).¹¹³ I Veiledningens avsnitt 26 beskrives det hvilke kostnadsbegreper Kommisjonen tar utgangspunkt i. Årsakene til at de bruker de bestemte kostnadstypene i analysen er fordi de ofte indikerer en større sammenheng av foretakets økonomi.¹¹⁴ Det er hovedsakelig to kostnadstyper som benyttes i analysen 1) AAC – gjennomsnittlige unødvendige kostnader og 2) LRAIC - langsiktige gjennomsnittlige økte kostnader.

Dersom den effektive prisen er gjennomgående høyere enn LRAIC, vil rabatten normalt ikke ha utelukkende virkninger for konkurrentene. Begrunnelsen for dette er at en slik pris gjør det mulig for like effektive konkurrenter å oppnå profitt på sine egne salg, uavhengig av rabatten. Dersom den effektive prisen derimot er lavere enn AAC indikerer dette at rabattordningen er *egnet* til å utelukke like effektive konkurrenter fra markedet. Dette betyr altså at egnethetskravet oppstilt i tidligere rettspraksis her er ivaretatt gjennom en reell virkningsanalyse av de økonomiske forholdene.¹¹⁵ Hvis Kommisjonen finner at den effektive prisen ligger på et nivå mellom AAC og LRAIC, er utgangspunktet at Kommisjonen vil etterforske rabattordningen videre. Målet med etterforskningen vil da være å se om det er andre faktorer som er egnet til å bidra til negative virkninger på konkurransen.¹¹⁶ Her ser man tydelig det økonomiske aspektet ved analysen, og at den er langt mer avansert enn det som tidligere har vært utgangspunktet for tilnærmingen av lojalitetsrabatter. Målestokken er likevel i samsvar med tidligere rettspraksis, og det synes kun å være vurderingen bak hva som er egnet til å hindre konkurranse som er av en mer omfattende økonomisk karakter.

I den tredje og siste fasen i AEC-testen integrerer Kommisjonen funnene fra fase en og to med dens generelle arbeid for å finne ut om ulike handlinger har konkurransehindrende virkninger. I denne fasen inngår andre relevante kvantitative og kvalitative bevis.¹¹⁷

Dersom resultatet er at en like effektiv konkurrent kan konkurrere i pris med det dominerende foretaket ut ifra nivået på AAC og LRAIC, er art. 102 i utgangspunktet ikke overtrådt. Det dominerende foretakets rabattsystem vil ikke ha en negativ innvirkning på konkurrentenes

¹¹³ O'Donoghue (2013) side 492.

¹¹⁴ Østerud (2010), side 102.

¹¹⁵ Se *British Airways* og *Michelin II*.

¹¹⁶ Østerud (2010), side 78.

¹¹⁷ Østerud (2010), side 79.

prisregulering og derfor er den heller ikke egnet til å skade konkurransen.¹¹⁸ Motsetningsvis følger det naturlig at art. 102 anses overtrådt i tilfelle hvor prisreguleringen til det dominerende foretaket ikke tilfredsstiller kravene til kostnadsnivåene i analysen.

Ved å benytte metoden forklart ovenfor er Kommisjonens mål å fastslå om rabattordningen i gjeldende sak er egnet til å hindre eller utelukke konkurrenter fra markedet. Gjennom rettspraksis har vi tidligere i oppgaven sett at det har blitt etablert en formbasert test, hvor man finner ut om en rabattordning har lojalitetsskapende egenskaper som er, eller er egnet, til å ha negative virkning på konkurransen. AEC-testen tar egnethetskravet inn som et reelt vurderingsmoment med bakgrunn i økonomisk analyse og i varetar samtidig vilkårene om rabattene er lojalitetsskapende og om de ut ifra objektive økonomiske hensyn kan rettfærdiggjøres.¹¹⁹

4.2.2 De generelle endringene/prinsippene

Ved å gjennomgå AEC-testen kan man forsøke å sammenfatte hvilke endringer Veiledningen ønsker å bidra til. Det er nettopp for betingede rabatter at Veiledningen inneholder flest endringer ut i fra tidligere praksis, som vist ovenfor i kapittel 3.2.

Hovedsakelig kan man si at det er mer fokus på å vise de konkrete virkningene rabattene har sammenlignet med tidligere praksis. Dette er også i tråd med de nevnte debattene i fagmiljøet hvor det etterlyses en mer virkningsbasert tilnærming. På denne måten vil man kunne ivareta ordningene der de positive økonomisk virkninger også kommer frem, samtidig som man slår ned på de tilfeller der rabatter fører til konkurransehindrende virkninger i markedet som vist i punkt 2.2.2. Disse følgene ivaretar således også forbrukervelferden, som igjen er i tråd med Kommisjonens uttalelser i Veiledningen om at det er skade på forbrukerne som er den relevante størrelsen i vurderingene.¹²⁰ Kommisjonen anerkjenner også den hyppige bruken av rabattordninger, noe som igjen må reflektere at det også er fordeler ved slike ordninger som bør ivaretas.¹²¹

¹¹⁸ Veiledningen, avsnitt 27.

¹¹⁹ Østerud (2010) side 79.

¹²⁰ Veiledningen avsnitt 5.

¹²¹ O'Donoghue (2013) side 491. Se også Zenger, *EU Competition Case Law Digest*, 2014 side 5.

Hvis man sammenholder AEC-testen med den etablerte to trinns testen fra rettspraksis¹²², er den i utgangspunktet i samsvar med kravene som oppstilles i rettspraksis slik den er etablert hittil. Dersom kostnadsanalysen ikke består blir rabattordningen ansett for å være egnet til å skade konkurransen. Standarden synes derfor ikke å være annerledes, det er imidlertid den underliggende fremgangsmåten, nettopp den mer omfattende økonomiske analysen som ligger til grunn, som er nytt.

Ut i fra det det som følger av kapittel 4.2.1 skulle man kanskje tro det ikke var benyttet kostnadsanalyser tidligere i saker relatert til konkurranserett. Dette er imidlertid feil. I *AKZO*¹²³ tok Domstolen for første gang stilling til om en bestemt prisatferd måtte anses å være misbruk av dominerende stilling under art. 102. Domstolen oppstilte her to vurderinger relatert til kostnadsbildet; 1) priser som er under gjennomsnittlige variable kostnader (AVC) innebærer alltid misbruk i betydningen av art. 102, og 2) priser mellom AVC og ATC (gjennomsnittlige totale kostnader) måtte også anses å innebære misbruk av dominerende stilling når de fastsettes som ledd i en plan om å eliminere en konkurrent. Dette innebærer altså et skyldmoment.

I den første vurderingen presumeres det at aktørers formål med å prise utsalgsprisene lavere enn AVC er å skade konkurrentene. I rettspraksis i ettertid har dette blitt fulgt opp, blant annet i *Tetra Park II*.¹²⁴ Den andre vurderingen, som var tilfellet i *AKZO*, tar utgangspunkt i et krav om at prisen er en del av en plan om å eliminere konkurrenten;

*”Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them”.*¹²⁵

Det synes også her som at Domstolen bygger på en ”like effektiv konkurrent”-analyse i likhet med den Veiledningen legger opp til. Kommisjonens fremgangsmåte kan derfor ikke synes å bringe noe nytt hvis man ser på tidligere rettspraksis under art. 102. Riktignok er *AKZO* til-

¹²² Se punkt. 3.3.

¹²³ Sak C-62/86, *AKZO Chemie v. Kommisjonen*.

¹²⁴ Sak C-333/94, *Tetra Park v. Kommisjonen*.

¹²⁵ Sak 62/86, *AKZO v. Kommisjonen*, avsnitt 72 (min utheving).

knyttet rovprising, ikke rabattpraksis i sin egenhet. Altså har en pristest som dette nyttiggjort seg i rettspraksis tidligere, men da for en annen misbrukstype under art. 102. Selv om misbrukstypene her skiller seg fra hverandre er det likevel store likheter mellom Domstolens tilnærming i *AKZO* og senere saker om rovprising, som AEC-testen i Veiledningen, nettopp at den tar utgangspunkt i økonomisk kostnadsanalyse.

Istedenfor å benytte AVC og ATC for de relevante kostnadsmålingene, benytter Veiledningen AAC og LRAIC. En AAC test bidrar til å unngå utfordringen med å trekke grensen mellom faste og variable kostnader. På denne måten bidrar den til å redusere risikoen for usikkerheten som følger av en AVC test i bedrifter med høye faste kostnader og lave variable kostnader. Videre unngår ikke en ACC test vanskeligheten med å definere den relevante perioden for kostnadene som skal være med i vurderingen. Veiledningen selv rettferdiggjør bruken av AAC ved at disse kostnadene er bedre egnet til å reflektere bedriftenes valg og risikoer fremfor AVC. En test basert på LRAIC fremfor ATC unngår utfordringene med å tilskrive felles kostnader til et konkret produkt. Disse kostnadene er ofte de samme for bedrifter som produserer et enkelt produkt, men for de som produserer flere produkter er det vanskelig å skille hvilke faktiske kostnader som har gått med til de enkelte produktene.¹²⁶

Hovedelementet i vurderingen etter Veiledningen er en ”like effektiv konkurrent”-test. I tidligere praksis har vurderingene oftest basert seg på hvilken innelåsende effekt rabattordningen har på kunden, ved at den begrenser kundes valgfrihet. Som vist til tidligere i oppgaven har Domstolen oftest presumert at lojalitetsskapende rabatter kun er negativt for konkurransen og at denne terskelen er meget lav. Dette er en endring som Veiledningen søker å fremme ved å ta konkret stilling til faktiske virkninger for å ivareta praksiser som ikke skader konkurransen. Kommisjonen fastslår også at konkurranserettens formål er å hindre rabattordninger som i sin helhet skaper konkurransehindrende virkninger.¹²⁷ Et problem med AEC-testen kan være at den baserer seg på størrelser som er vanskelig å regne ut uten å besitte all relevant informasjon om kostnadsbildet. Dette gjelder særlig å finne den relevante salgsmengden og referanseperioden for målingen. Analysen kan derfor bære preg av hypotetiske resultater, noe som

¹²⁶ Østerud (2010) side 102.

¹²⁷ O’Donoghue (2013) side 492.

kan synes å stride imot Veiledningens formål med forutberegnelighet og klarhet. AEC-testen er imidlertid et positivt bidrag til å begrense risikoen for å benytte art. 102 unødvendig.¹²⁸

Veiledningen tar også opp muligheten for å objektivt begrunne en rabattordning. Unntaket synes i hovedsak å begrense seg til helsemessige og sikkerhetsmessige årsaker.¹²⁹ Men i motsetning til rettspraksis synes den imidlertid å presentere en virkningsbasert tilnærming også til unntaket. Det må derfor foreligge konkrete virkninger for at unntakene skal komme til anvendelse.¹³⁰

I og med at Domstolen tidligere har benyttet økonomisk tilnærming i misbruksvurderinger under art. 102¹³¹, er det interessant å se om den i nyere rettspraksis etter Veiledningens publisering har tatt til seg en slik metode nok en gang, men her for lojalitetsrabatter som er en annen misbrukstype. Kommisjonens Veiledning beskriver en mer utfyllende analyse basert på en kombinasjon av pris/kostnads-sammenlikning og en kontekstuell vurdering av markedsstrukturen. Selv om Domstolen tidligere har benyttet økonomisk tilnærming i prisfiksingssaker kan det synes som om Veiledningen her representerer en mer moderne og avansert tilnærming i forhold til det som har blitt benyttet tidligere.

5 Domstolenes tilnærming etter Veiledningen

5.1 Innledning

Selv om Kommisjonen i Veiledningen gir uttrykk for at den ikke har rettslig betydning for tolkning av regelverket, er det overmodnede målet å skape en mer virkningsorientert tilnærming til tolkningen av lojalitetsrabatter¹³². En ønsket modernisering av tilnærmingen til lojalitetsrabatter under art. 102 er også grunnlaget for debatten som har pågått de senere årene. Det er derfor interessant å se om tilnærmingen som er presentert i Veiledningen har fått en betydning for vurderingen av lojalitetsrabatter i nyere rettspraksis.

¹²⁸ Østerud (2010), side 79.

¹²⁹ Veiledningen avsnitt 29.

¹³⁰ Veiledningen avsnitt 30.

¹³¹ Se f. eks. *AKZO*.

¹³² Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014 Vol. 5, No. 8 side 521.

5.2 Tomra

5.2.1 Kommisjonens avgjørelse

I 2006 fant Kommisjonen Tomra ansvarlig i å utføre eksklusiv handel og rabattordninger i strid med art. 102. De fikk en bot på 24 millioner euro. Tomra hadde på dette tidspunkt en markedsandel på ca. 80 prosent. På tidspunktet for Kommisjonens avgjørelse¹³³ var ikke Veiledningen publisert, men Diskusjonsnotatet var kommet ut året før, i 2005. Kommisjonen benyttet derfor i stor grad sin egen metode nevnt i Diskusjonsnotatet, der de, utover å følge tidligere rettspraksis i rabattsaker, undersøkte faktiske og potensielle virkninger. Denne metoden følger samme logikk som er beskrevet i Veiledningen.

Grunnet markedet for pantemaskiner, var det for Tomras konkurrenter nødvendig å selge maskiner til negative priser for å i det hele tatt kunne matche Tomra sin rabatt. Kommisjonen mente at konkurrentene til Tomra ble ekskludert fra markedet og at Tomra sine rabatter hadde *faktiske* konkurransehindrende virkninger.¹³⁴

Selv om rabattene gitt av Tomra ikke var spesifikt uttrykket som en *betingelse* for at supermarkedene måtte kjøpe en bestemt mengde av maskinene deres, fant Kommisjonen at volumet hver enkelt kunde handlet i en bestemt periode tilsvarte kundens behov og derfor representerte en betingelse. Kommisjonen konkluderte derfor med at rabattene ”*were designed to, were clearly capable of, and were likely to restrict market access for competitors*”.¹³⁵

5.2.2 Underrettens avgjørelse

Tomra anket avgjørelsen til Underretten¹³⁶ og anførte blant annet at Kommisjonen hadde benyttet en formbasert tilnærming til rabattordningen fordi de ikke viste tilstrekkelige analyser for anklagene. Anken førte ikke frem og Underretten mente at Kommisjonen hadde sett hen til alle omstendigheter i tråd med kravene satt i *Michelin II*.¹³⁷ Før anken kom opp i Underretten

¹³³ *Prokent/Tomra*, COMP/38.113 (2009) 4 CMLR 101.

¹³⁴ Jones (2014) side 478.

¹³⁵ Sak COMP/E-1/38.113 – *Kommisjonens avgjørelse*, avsnitt 271.

¹³⁶ Sak T-155/06, *Tomra Systems v/Kommisjonene* (2010) ECR II-4361.

¹³⁷ Jones (2014) side 478.

hadde Kommisjonen publisert Veiledningen. Tomra mente derfor at Kommisjonen måtte *bevise* at Tomra hadde ekskludert konkurrenter, i tråd med AEC-testen for lojalitetsrabatter.¹³⁸

Til tross for Veiledningens utgivelse i tiden før saken kom inn for retten avviste Underretten anken.¹³⁹ Underretten mente at Kommisjonen i sin avgjørelse mer en nok redegjorde for hvorfor Tomras rabatter utgjorde et misbruk, og påpekte også at det er rabattens *mulighet* til å skape utelukkende effekt som er av betydning, ikke en faktisk virkning i markedet. Underretten opprettholdt altså her tidligere rettspraksis, og da særlig det nye egnethetskravet som fremkom i *Michelin II* og *British Airways*. Det presumeres uten videre analyse at rabatten i seg selv er skadelig for konkurransen. Underrettens avgjørelse synes derfor ikke å anerkjenne en mer økonomibasert tilnærming, slik Veiledningen legger opp til.

5.2.3 Domstolens avgjørelse

*Tomra*¹⁴⁰ var den første saken for Domstolen siden Veiledningen ble publisert, og den første rabattsaken siden *British Airways*. På bakgrunn av debatten som startet i forbindelse med *British Airways* og Veiledningens utgivelse var det derfor spennende å se om Domstolen tilpasset seg Veiledningens metodebruk og med dette åpnet for å modernisere sin tilnærming til lovgivningen. Kritikerne til den formbaserte tilnærmingen så derfor *Tomra* som en mulighet for Domstolen til å omforme art. 102 og til å følge en mer moderne retning.¹⁴¹ Domstolen valgte imidlertid å benytte sin egen tilnærming fra tidligere saker tilknyttet lojalitetsrabatter og støttet med dette Underrettens avgjørelse.

Domstolen viste til sine egne uttalelser i *Hoffman-La Roche* og *Michelin I* ved å påpeke grensen for lovligheten av rabattordninger, herunder lojalitetsrabatter, i avsnitt 70. Videre refererte Domstolen til uttalelsen i *Michelin I* om at alle omstendigheter må vurderes.¹⁴² Dette tyder umiddelbart på at de åpner for en virkningsbasert tilnærming. Uttalelsen nedenfor viser imid-

¹³⁸Sak C-549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 51.

¹³⁹ Sak T-155/06, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen* (2010) ECR II-4361.

¹⁴⁰ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*.

¹⁴¹ Jones (2014) side 479.

¹⁴² Sak C-549/10 P, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 71.

lertid det motsatte. Domstolen henter sin begrunnelse i Underrettens avgjørelse og understreker at;

*”As regards the present case, it is clear from paragraph 213 of the judgment under appeal that a rebate system must be regarded as infringing Article 102 TFEU if it **tends** to prevent customers of the dominant undertaking from obtaining their supplies from competing producers.”*¹⁴³

Det overnevnte sitat synes derfor å bekrefte en formbasert tilnærming i samsvar med tidligere rettspraksis. Domstolen tilslutter seg her altså til egnethetskravet oppstilt i *Michelin II* og *British Airways*. Det er særlig begrensningen i kundenes valgfrihet som er i fokus ved at de blir bundet til det dominerende foretaket.

I forhold til Tomra sin anførsel om at Veiledningen stiller krav til at det må påvises at man opererer med negative priser, avviser Domstolen dette;

*”Contrary to what is claimed by the appellants, the invoicing of ‘negative prices’, in other words prices below cost prices, to customers is not a prerequisite of a finding that a retroactive rebates scheme operated by a dominant undertaking is abusive.”*¹⁴⁴

Sitatet viser derfor at Domstolen støtter seg til Underrettens argument om at det kun er den *potensielle* effekten som er av betydning for misbruksvurderingen. Dette kan igjen tolkes som at prising under kostpris ikke er en forutsetning for at Domstolen finner lojalitetsrabatter for ulovlige. Domstolen fremhevet at det særlig var incentivet til å opprettholde konsumet hos Tomra for å til slutt motta rabatt, målt gjennom handelen for en bestemt periode, som var et avgjørende moment. Dette skapte en ”sugeeffekt” og det ble derfor vanskeligere for konkurrentene å kompensere kundene for å ikke handle fra Tomra.¹⁴⁵ Det var derfor ikke krav til at Kommisjonen måtte bevise faktiske virkninger i markedet. Uttalelsen ovenfor kan også tolkes slik at det for lojalitetsrabatter ikke er en *forutsetning* for avgjørelsen å definere salg av nega-

¹⁴³ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 72 (min utheving).

¹⁴⁴ Sak C-549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 73.

¹⁴⁵ Sak C-549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 75, se også Jones (2014) side 482.

tive priser. Dette kan igjen bety at Domstolen ikke ignorerer økonomiske aspekter i sin helhet, men at de ikke anerkjenner det som avgjørende for lojalitetsrabatter.¹⁴⁶

Videre anså Domstolen Tomras markedsandel og stabilitet i markedet for å ha betydning. Konkurrentene hadde derimot en svak og ustabil posisjon. Dette gjorde at Tomra i sin prisordning måtte utvise forsiktighet. Dette kan også knyttes opp til det særlige ansvaret det innebærer å ha en dominerende stilling i markedet.¹⁴⁷ Det var heller ingen kostnadsrelaterte argumenter som kunne rettferdiggjøre Tomra sin rabattordning og eksklusive avtaler. Domstolens tilnærming i saken tiltrådte derfor tidligere rettspraksis i det fulle med å 1) definere eksistensen lojalitetsskapende effekt og 2) dersom førstnevnte steg bekreftes anses rabattordningen for misbrukende dersom den ikke kan objektiv rettferdiggjøres. Betydningen av en kostnadstest som presentert i Veiledningen ble ikke anerkjent av Domstolen her.

Domstolen åpnet for at Tomra kunne objektivt begrunne rabattordningen sin.¹⁴⁸ Dette førte imidlertid ikke frem fordi Domstolen mente Tomra ikke klarte å fremlegge tilstrekkelig bevis for at unntaket skulle gjelde. Domstolens vurdering synes ikke å følge den virkningsbaserte tilnærmingen til objektiv begrunnelse som presentert i Veiledningen.

Likevel kan man argumentere for at det er spor av at Domstolen åpner for å demonstrere virkninger og ikke kun velger en ren formbasert tilnærming, selv om kostnadsanalysene uteblir. Det at Domstolen ikke antar at rabatten *i seg selv* er lovstridige ut ifra sin form, men at de er *egnet* til å ha konkurransehindrende virkninger kan tyde på en mer virkningsbasert tilnærming. Dette til tross for at egnethetskravet ikke inneholdt en økonomisk analyse. En slik oppfatning hadde også Advokat General Mazák;

"The contested decision.....did not simply consider, in abstract terms, whether the exclusivity or rebates were, 'by their nature', capable of having a negative impact on competition. Rather, it demonstrated that these practices tended to have, or were capable of having, such effects in the circumstances of the case. I cannot stress

¹⁴⁶ Dette samsvarer med tidligere praksis for rovprising, se f.eks *AKZO* og punkt 4.2.2.

¹⁴⁷ Se *Michelin I* og *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 534.

¹⁴⁸ Sak 549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 224.

enough the fact that this is precisely the correct approach. Reference to negative (anti-competitive) effects should clearly not be mechanical. The (likely) existence of such exclusionary effects in a particular case should not be merely presumed, it should be assessed and demonstrated.”¹⁴⁹

Sitatet gir derfor uttrykk for at egnethetskravet i seg selv er ansett for å være en virkningsbasert tilnærming. Sammenliknet med AEC-testen som Veiledningen demonstrerer synes dette ikke å være reelt. Det er ingen umiddelbare momenter i avgjørelsen som fremstår som virkningsbaserte. I den betydningen Domstolen her bruker egnethetskravet kan jeg ikke se at det stiller mer krav til en nærmere demonstrasjon. Det synes imidlertid som det kun er et resultat av en presumsjon.

Selv om *Tomra* ikke virker å ha medført noen endringer for tolkningen av lojalitetsrabatter under art. 102 basert på Veiledningen, gjør imidlertid Domstolen en bemerkning til Veiledningen i sin avgjørelse;

”The appellants’ arguments that the Commission’s Guidance Provides for a comparative analysis of prices and costs cannot invalidate that conclusion. As the Advocate General observes in point 37 of his Opinion, the Guidance, published in 2009, has no relevance to legal assessment of a decision, such as the contested decision, which was adopted in 2006.”¹⁵⁰

Denne uttalelsen kan oppfattes som noe uklar. Det fremgår tydelig hvilken betydning Domstolen mener at Veiledningen har for saker fremmet i forkant av den. Ut ifra redegjørelsen ovenfor er det også riktig å konkludere med at *Tomra* ikke bidrar til en økonomibasert analyse slik Veiledningen legger opp til. Selv om Domstolen har tatt avstand fra å vurdere rabattordningen utelukkende ut i fra sin form, men heller fremsetter et egnethetskrav som følger av rettspraksis, gir dette etter min mening liten indikasjon på en virkningsbasert tilnærming. Det synes fortsatt som tilnærmingen er lite håndfast og at utfallene bærer preg av hypoteser. Sammenliknet med Veiledningen er egnethetskravet i tidligere rettspraksis lite kvantitativt og

¹⁴⁹ Sak C-549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 43-44, se også O’Donoghue (2013) side 483.

¹⁵⁰ Sak C-549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 81.

det synes derfor vanskelig å gjøre en vurdering av negative virkninger på konkurransen uten krav til nærmere demonstrasjon.

Ut ifra overnevnte sitat er det naturlig å stille spørsmål til om Domstolen vil anse Veiledningen som relevant når den benyttes på saker i fremtiden. Umiddelbart synes dette ikke å være tilfelle. Kostnadstester var også oppstilt som et utgangspunkt i Diskusjonsnotatet, som var tilgjengelig før denne avgjørelsen. Likevel valgte Domstolen å ikke anse en slik tilnærming som relevant og nødvendig for vurderingen i *Tomra*.

5.3 Intel

I 2009 ga Kommisjonen ut sin største bot noensinne i relasjon til ulovlige rabatter gitt av et enkeltforetak. Intel fikk bot på 1,06 milliarder euro for blant annet å ha gitt åpne og skjulte rabatter til kunder som utelukket konkurrenten deres, AMD, fra markedet. Rabattene som ble gitt var betingende rabatter ved at de ble kun gitt dersom kundene kjøpte mellom 80 – 100 prosent av innkjøpene deres fra Intel. Avgjørelsen illustrerer Kommisjonens nylig etablerte kostnadsanalyse i Veiledningen. Med utgangspunkt i Domstolens uttalelser om Veiledningens betydning i *Tomra* er *Intel*-saken derfor av stor betydning for å se om Veiledningen nå har en betydning for misbruksvurderingen tilknyttet lojalitetsrabatter under art. 102.

5.3.1 Kommisjonens avgjørelse

Kommisjonen benyttet AEC-testen i sin helhet for første gang i avgjørelse mot Intel¹⁵¹. Denne testen er presentert ovenfor i punkt 4.2.1. Ved å benytte AEC-testen fant Kommisjonen at Intel sine rabatter var egnet til å skape konkurransehindring i markedet med begrunnelse i kostnadsbildet til Intel. Dette har de blitt sterkt kritisert¹⁵² for. Selv om de her benytter et mer moderne analyseverktøy, som i utgangspunktet er ønsket, blir de kritisert av Intel for å være spekulative og at analysen av bevisene er feil, samt at den kun er teoretisk og hypotetisk grunnet at de ikke har tilgang til all informasjon som er nødvendig for en AEC-test.

¹⁵¹ Sak COMP/37.990 *Intel*.

¹⁵² Jones (2014) side 483.

Intel ble ansett for å være dominerende i markedet for x86 mikroprosessorer. Kommisjonen anså rabattene som bindende for kundene ved at de måtte kjøpe alle, eller nesten alle, av deres x86 prosessorer fra Intel for å motta rabatten. Kundene som mottok rabatter fra Intel var ikke bundet av skriftlig kontrakt til å gjøre en viss prosent av innkjøpene hos Intel, men dersom de ikke handlet et viss kvantum ville de ha mistet rabatten i sin helhet, som igjen ville medføre et stort økonomisk tap. Dette gjorde at rabattordningen var egnet for å være konkurransehindrende.

Ved å benytte AEC-testen undersøkte Kommisjonen om en hypotetisk like effektiv konkurrent av Intel hadde realistisk mulighet til å konkurrere med rabattordningen.¹⁵³ Hvis konkurrenten hadde mulighet til å stille med egen rabattordning som var i konkurranse med Intel ut ifra et nærmere kostnadsnivå, ville Intels rabattordning ikke være egnet til å være i strid med art. 102. Målestokken for analysen var hvilken pris en like effektiv konkurrent av Intel måtte tilby på prosessorene for å kompensere kundenes rabatttap hos Intels ved å ikke handle fra de.¹⁵⁴ Kommisjonens konklusjon ble at kundene ville tape en betydelig andel av rabatten ved å skifte leverandør av prosessorene. For hver av kundene de analyserte ble resultatet til Kommisjonene at en like effektiv konkurrent ikke hadde mulighet til å kompensere for et slikt tap. På bakgrunn av resultatene fra AEC-testen ble derfor Intel ansett for å utelukke sin eneste konkurrent, AMD, fra markedet for mikroprosessorer.¹⁵⁵

Selv om Kommisjonen her benyttet en virkningsbasert tilnærming i tråd med Veiledningen uttalte den også at rettspraksis ikke oppstilte krav til dette. De mente at AEC-testen kun var et verktøy de benyttet for å avgjøre hvilke saker det var riktig å forfølge. Dette kan oppfattes forvirrende. Mener de da at det heller ikke for Domstolen er nødvendig å foreta en virkningsanalyse? Hvilken betydning vil Veiledningen da eventuelt ha, hvis Kommisjonen ikke engang anerkjenner nødvendigheten av den? Og er det riktig at det ikke stilles krav til å vise til virkning i noe tilfelle når lovligheten av lojalitetsrabatter vurderes?

¹⁵³ O'Donoghue (2013) side 477.

¹⁵⁴ Som nevnt ovenfor i punkt 4.2.1 må konkurrenten dekke minst sine gjennomsnittlige variable kostnader for å bestå testen.

¹⁵⁵ Rosenblatt og Armengod, *The European Antitrust Review*, 2012 side 51.

5.3.2 Underrettens avgjørelse

Intel anket Kommisjonens avgjørelse. Av Underrettens avgjørelse følger det at Kommisjonens fremgangsmåte i lys av en AEC-test er unødvendig og overflødig. Det er formen på rabatten Intel ga kundene sine som Underretten her mener er nok til å være lovstridig i alle tilfeller.¹⁵⁶ Altså synes det nokså klart at Underretten her opprettholder en formbasert tilnærming i tråd med tidligere rettspraksis og utgangspunktet i *Hoffmann-La Roche*, der hovedmomentet i vurderingen er rabattens form.

Dette begrunner Underretten videre i en kategorisering de foretar av ulike rabattordninger. For å karakterisere en rabatt som misbrukende skilles det mellom tre typer rabatter; 1) kvantumsrabatter, 2) eksklusivitetsrabatter og 3) rabatter med lojalitetsskapende virkning. Underretten redegjør videre for at Intels rabattordning faller innenfor kategori nummer to, altså eksklusivitetsrabatter. Betydningen av denne kategoriseringen er at Intels anførsler om at Kommisjonen måtte ta hensyn til alle omstendigheter i lys av *Michelin I* ikke fører frem. Ut ifra sin form søker eksklusivitetsrabatter å hindre kunder fra å handle hos konkurrerende aktører og må, på grunnlag av sin natur, anses ulovlig i ethvert tilfelle.¹⁵⁷ I samsvar med tidligere rettspraksis synes Underretten altså å benytte en formbasert tilnærming.

Intel anfører at *Michelin I* og *Tomra* stiller krav til at alle omstendigheter må vurderes før man kan karakterisere en rabattordning som misbrukende under art. 102. Underretten gjør her en konkretisering av at det er kun for rabattordninger under kategori 3, altså lojalitetsskapende rabatter som er gjenstand for slik vurdering. Dette samsvarer med de overnevnte dommene hvor en nærmere vurdering av rabattordningens omstendigheter kun gjaldt for de rabattordningene som ikke var rene lojalitetsrabatter i sin natur.¹⁵⁸ Videre synes vurderingen også da å knytte seg kun til om rabattordningene har lojalitetsskapende incentiver. Dersom dette er tilfellet er det videre tilstrekkelig å presumere at de er egnet til å hindre konkurransen på lik linje med de andre rabattordningene.¹⁵⁹ Underretten viser her at egnethetskravet er felles for de tre kategoriene av rabatter, men at det er ulik vurdering knyttet til om de anses for å være i

¹⁵⁶ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 76.

¹⁵⁷ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 77.

¹⁵⁸ For *Michelin I* og *Tomra* var vurderingen knyttet til målrabatter.

¹⁵⁹ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 80.

kategori 1, 2 eller 3. Eksklusivitetsrabatter er i alle tilfeller lojalitetsskapende og derfor alltid i strid med art. 102.¹⁶⁰ Det eneste som kan gjøre slike rabatter lovlige er objektive rettferdiggjørelser.¹⁶¹

Videre anfører Intel at Kommisjonen må kunne bevise *faktisk* utelukkende effekt som følge av rabattordningen. I dette ligger at Kommisjonen må kunne vise til en årsakssammenheng mellom Intels prispraksis og virkningene på markedet som følge av den, noe de mener at Kommisjonen feilet med å gjøre i AEC-testen.¹⁶² Underretten mener derimot at en slik konkret vurdering ikke er avgjørende for å påvise misbruk under art. 102 og for å vise faktiske konkurransehindrende virkninger på konkurransen.¹⁶³ Dette standpunktet er også grunnlaget for debatten som har vært tilknyttet til hva som skal til for å definere misbruk under art. 102.¹⁶⁴ Det er hittil ingen tegn til at Underretten anerkjenner betydningen av Kommisjonens AEC-test.

5.3.2.1 AEC-testen

Intel anfører at AEC-testen ikke beviste konkurransehindrende virkninger av rabattene og at den ble foretatt på feil måte.¹⁶⁵ Underretten bemerker igjen at det ikke kan stilles noen krav til en økonomisk analyse i form av AEC-test når det gjelder eksklusivitetsrabatter.¹⁶⁶ Videre påpeker Underretten at det selv for rabatter i kategori tre, altså lojalitetsskapende rabatter, ikke vil være nødvendig med en AEC-test, og at dette følger av rettspraksis. I *Michelin I* valgte Domstolen å belage seg på at lojalitetsmekanismen som ble skapt i den saken var konkurransehindrende ved at konkurrentene til Michelin ble tvunget til å selge sine produkter under kostpris, uten å kreve kvantitative bevis for avgjørelsen.¹⁶⁷ I *Tomra* ble dette fulgt opp ved at Domstolen uttalte at konkurransehindrende virkninger ikke avhenger av at en like effektiv konkurrent bruker negative priser, det er nok å påvise at det eksisterer en lojalitetsmekanisme

¹⁶⁰ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 104.

¹⁶¹ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 81. Intel har imidlertid ikke anført en slik rettferdiggjøring i foreliggende sak.

¹⁶² Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 140.

¹⁶³ Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8 side 524.

¹⁶⁴ Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8 side 521.

¹⁶⁵ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 140.

¹⁶⁶ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 143.

¹⁶⁷ Sak 322/81, *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 81-86.

i rabattordningen.¹⁶⁸ Dette indikerer at Intels anførsel ikke har noe faktisk grunnlag i den foreliggende saken fordi AEC-testen ikke var nødvendig overhodet for å påvise at rabattordningen var i strid med art. 102.

Intel på sin side mener at en riktig anvendelse av AEC-testen ville bevist at prisavslagene de ga ikke hadde noen ekskluderende effekt på markedet. Underretten påpeker her at full eksklusivitet ikke er et krav for lovstridig atferd;

*”First of all, it should be borne in mind that a foreclosure effect occurs not only where access to the market is made impossible for competitors. Indeed, it is sufficient that that access be made more difficult”.*¹⁶⁹

Sitatet viser at ekskluderende effekt også foreligger der inngangen på markedet er gjort *vanskeligere*, ikke bare umulig. Her opprettholder Underretten en standard som ble etablert allerede i *Michelin I*.

Underretten gjør videre følgende bemerkninger knyttet til AEC-testen;

*”However, it must be stated that an AEC test only makes it possible to verify the hypothesis that access to the market has been made impossible and not to rule out the possibility that it has been made more difficult. It is true that a negative result means that it is economically impossible for an as-efficient competitor to secure the contestable share of a customer’s demand. In order to offer a customer compensation for the loss of the exclusivity rebate, that competitor would be forced to sell its products at a price which would not allow it even to cover its costs. However, a positive result means only that an as-efficient competitor is able to cover its costs (in the case of the AEC test as carried out in the contested decision and proposed by the applicant, only the average avoidable costs)”.*¹⁷⁰

¹⁶⁸ Sak 549/10, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen*, avsnitt 79.

¹⁶⁹ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 149, se også *Michelin I* avsnitt 85.

¹⁷⁰ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 150.

En naturlig tolkning av denne uttalelsen er at uansett hvilket resultat en AEC-test gir er det ingen av de som kan ekskludere en eventuelt utelukkende effekt av rabatten. Det er selve karakteren av en lojalitetsrabatt under kategori nummer to, eksklusive rabatter, som vanskeliggjør adgang til markedet. Det trenger ikke stilles krav til at det er *økonomisk umulig* for konkurrentene å delta i konkurransen, det er tilstrekkelig at det foreligger begrensninger. Altså kan det umiddelbart synes som at Underrettens oppfatning av AEC-testen er for hypotetisk til å kunne begrunne konkurransehindrende virkninger. Underretten påpekte også at Kommisjonen selv ikke begrunnet sin avgjørelse utelukkende med AEC-testen, men at de vurderte rabattordningen ut ifra flere forhold i sin helhet.¹⁷¹ Dette kan også argumenteres ut i fra at misbruksvurderingen under art. 102 i all hovedsak er en juridisk test. Med hensyn til Veiledningens formål og rettskileverdi nevnt ovenfor i punkt 4.1.1 er den kun ment å representere en prioriteringstest. Det kan derfor ikke forventes annet enn at Underretten følger egen juridisk analyse som allerede er etablert i rettspraksis.¹⁷²

Underretten uttaler videre at Kommisjonen ikke var pålagt å benytte AEC-testen i denne saken. Etterforskningen av Intels rabatter ble startet i 2007, 2 år før Veiledningen kom ut.¹⁷³ Kommisjonen benyttet kun AEC-testen i dette tilfelle for fullstendighetens skyld. De ønsket å se at avgjørelsen deres faktisk var i tråd med deres egen metode i Veiledningen.¹⁷⁴ I tillegg til å gjennomføre AEC-testen foretok de derfor den juridiske tilnærmingen som allerede har blitt etablert i tidligere rettspraksis. Derfor var AEC-testen kun et supplement fra Kommisjonens side.¹⁷⁵ Intel anførte derfor at beskyttelsen av berettigede forventninger her svekkes, fordi det sendes signaler rundt Veiledningens betydning som ikke er forenelig med Underrettens oppfatning. Beskyttelse av berettigede forventninger er et grunnleggende prinsipp i EU-retten. Brudd på dette kan imidlertid kun anføres der det har blitt gitt konkret forsikring fra myndighetenes side som gir vedkommende en legitim forventning. Underretten mener på sin side at dette ikke var tilfellet i denne saken. Intel har ikke kunnet vise til en konkret forsikring fra

¹⁷¹ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 164.

¹⁷² Wils, forthcoming in *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 7.

¹⁷³ Som nevnt ovenfor i punkt 5.2.3 ble det uttalt i *Tomra* at Veiledningen ikke får betydning for saker startet opp før dens utgivelse.

¹⁷⁴ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 159.

¹⁷⁵ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 7.

konkurransemyndighetenes side at AEC-testen var nødvendig for Kommisjonens funn av lovstridig oppførsel under art. 102.¹⁷⁶

Ut ifra Underrettens ovenfor nevnte uttalelser og synspunkter er det relativt klart at AEC-testen ikke har juridisk betydning i saker tilknyttet lojalitetsrabatter. Utviklingen i relasjon til å benytte økonomisk analyse ved vurderingen av lojalitetsrabatter under art. 102 kan derfor hevdes å være stillestående. Underretten støttet likevel Kommisjonens avgjørelse, men da på grunnlag av de tidligere vilkårene utviklet i rettspraksis. I forhold til Intels anførsler om at Kommisjonen ikke utførte AEC-testen på riktig grunnlag anså ikke Underretten det nødvendig å kommentere dette med begrunnelse i sitt syn på at den overhodet ikke var nødvendig.¹⁷⁷

5.3.2.2 Underrettens begrunnelse

Underretten mente at Intel fratok kundene *friheten* til å velge leverandør da de ga dem betingende rabatter. Dette var tilstrekkelig til at det ble vanskeligere for AMD, Intels konkurrent, å få adgang til markedet for x86 prosessorer.¹⁷⁸ Rabattordningen var en viktig årsak til at kundene valgte å handle produktene hos Intel, og derfor til at det ble vanskeligere for AMD å selge sine produkter. Ved at Intel benyttet rabattene som et *incentiv* til å binde kunder bidro dette til at rabattene i seg selv var i stand til å hindre konkurranse.¹⁷⁹

Det kan se ut til at Underretten her vektlegger en standard som belager seg på kundenes valgmuligheter. Det avgjørende for Underrettens restriktive avgjørelse er imidlertid kategoriseringen som nevnt ovenfor. At rabattordningen til Intel karakteriseres som eksklusive rabatter i kategori to er helt avgjørende, og synes å være hele grunnlaget for Underrettens begrunnelse for at det ikke var krav til nærmere redegjørelser.¹⁸⁰ At Kommisjonens avgjørelse blir opprettholdt er en seier for Kommisjonen selv. Etter å ha vurdert avgjørelsen nærmere er det imidlertid tydelig at begrunnelsen for Underretten er utelukkende i samsvar med den formba-

¹⁷⁶ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 162.

¹⁷⁷ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 151.

¹⁷⁸ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 170, dette utgangspunktet er i tråd med tidligere rettspraksis, jf. *Tomra* (avsnitt 68).

¹⁷⁹ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014), avsnitt 179.

¹⁸⁰ WSGR Alert, *The General Court's Intel Decision – "Back to the Seventies"*, juni 2013. Se også Charles River Associates, *CRA Competition Memo*, 2014.

serte tilnærmingen til eksklusivitetsrabatter i tidligere rettspraksis, ikke en anerkjennelse av Veiledningen. I alle tilfeller er slike rabattordninger ulovlig atferd under art. 102 med mindre det foreligger objektiv rettferdiggjøring. Det kan ut ifra dette virke som at Underretten ikke har noen hensikt i å tiltre en virkningsbasert tilnærming under art. 102 i nærmeste fremtid. Med et slik absolutt syn på kategorisering vil konkurransefremmende virkninger ikke bli tatt hensyn til og det kan derfor virke som at det ikke har vært noen utvikling og modernisering i relasjon til eksklusiv atferd under art. 102 etter utgivelsen av Veiledningen.

Ut i fra mitt syn er det vanskelig å forstå hvorfor ikke AEC-testen får større betydning for vurderingen av lojalitetsrabatter. Det synes i all hovedsak å være presumsjoner og hypotetiske utfall som er innholdet i den formbasert tilnærmingen som benyttes i rettspraksis. Ovenfor i analysen vises det at der Domstolen har kategorisert en rabattordning for å være lojalitetsskape, er det videre automatisk antatt at den er egnet til ha konkurransehindrende virkninger og derfor er i strid med art. 102, uten krav til å vise *faktiske* kvantitative effekter. At dette kan være en bedre begrunnelse enn en virkningsanalyse er umiddelbart vanskelig å forstå, særlig med tanke på at noen av virkningene kan gi positive fordeler til forbrukerne, ikke bare bedriftene selv, jf. punkt 2.2.1. Etter min mening vil en kostnadsanalyse være bedre egnet til å identifisere ordninger som ikke er til skade for konkurransen. En avgjørelse som er begrunnet i kvantitative bevis bør være bedre egnet til å gi korrekt bedømmelse av om lojalitetsrabatter er lovstridig eller ikke. Det vil også være lettere for dominerende foretak å utvikle sin egen prispolitikk når de har en målestokk å gå etter, slik AEC-testen representerer. Slik standarden for analysen er i dag kan man risikere å anse rabattordninger som ikke har faktiske negative virkninger på konkurransen for å være misbrukende. Dette synes å være uheldig særlig med tanke på at økonomiske analyser har vært en god målestokk for å definere andre former for misbruk, eksempelvis i saker gjeldende prisfiksing.¹⁸¹ Dette viser også at det ikke er umulig for Underretten og Domstolen å gjennomføre kostnadsanalyser, selv om disse er mer omfattende enn hva som tradisjonelt har blitt gjort i vurderingen av lojalitetsrabatter.

Ut ifra overnevnte analyse av dommen bør det videre drøftes hvorfor Underretten, i samsvar med tidligere rettspraksis, ikke anser det nødvendig å vise konkrete virkninger for lojalitetsrabatter under art. 102, og hvorfor de opprettholder en streng grense til lojalitetsrabatters lovlig-

¹⁸¹ Se drøftelsen ovenfor om metoden utviklet i *AKZO*.

het. Begrunnelsen kan tenkes å være basert på flere forhold. Et argument er at en ren økonomibasert tilnærming med hovedvekt på forbrukervelferd anses å være for snever. I en slik tankegang er det kun effektivitet og hensyn til forbrukerne som er hensynene bak målestokken. På denne måten glemmer man rettighetene konkurrentene har til å konkurrere ”on the merits” og at det oppnås like muligheter mellom de økonomiske aktørene.¹⁸²

Underrettens avgjørelse i *Intel* kan også tenkes besvart ut ifra tre konkurranserettslige momenter. Det første momentet er at man i egenskap av å inneha en dominerende stilling ikke kan tillates å påvirke forbrukere til å oppta en kjøpsadferd de ellers ikke ville ha valgt. De må derfor utvise stor forsiktighet slik at de ikke ilegger begrensninger i kundenes valg av produkter og tjenester. Som følge av et lojalitetsbånd til det dominerende foretaket vil nettopp denne valgfriheten bli tapt og konkurransen i markedet blir derfor basert på forpliktelser fremfor kvalitet, pris og andre elementer som vanligvis definerer konkurranse.¹⁸³ Dette synspunktet har kundene i fokus og analysen ovenfor viser at dette også har vært et av de sentrale momentene vektlagt i tidligere rettspraksis.

Et annet element er at begrensningen i kundenes valgfrihet ikke er forenelig med det særlige ansvaret dominerende foretak har i et marked og ovenfor konkurransen. Denne tanken fokuserer mer på mekanismer i markedet og hvordan disse skal samspille med hverandre. Det er naturlig å se for seg at spillereglene endres drastisk dersom dominerende aktører opptar spilleregler som er urimelige ovenfor de svakere aktørene på markedet.¹⁸⁴ Dette vil igjen tvinge konkurrenter til å hele tiden endre sin adferd og strategi i større grad enn de allerede må som følge av at de opererer på et dominerende marked, grunnet at konkurransen i dette markedet er begrenset i utgangspunktet. Her er det det faktum at et foretak er dominerende som er av betydning.

Et tredje element er av teknisk karakter og omhandler konkurrentenes strategi for å forsøke å lokke til seg kunder fra det dominerende foretaket. Dette elementet tar hensyn til konkurrentene. For å bekjempe en lojalitetsrabatt som et dominerende foretak tilbyr, må de, i tillegg til å

¹⁸² Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 12 – 13.

¹⁸³ Nihoul, *Journal of European Law & Practice* 2014, Vol. 5, No. 8 side 525.

¹⁸⁴ Nihoul, *Journal of European Law & Practice* 2014, Vol. 5, No. 8 side 525.

konkurrere på pris, kompensere for tapet kunden lider av å skifte leverandør. Dette vil igjen føre til at konkurrentene ofte blir ekskludert fra markedet.¹⁸⁵

Det kan synes som at disse tre elementene med de ulike aktørene i fokus, er egnet til å mulig begrunne rettspraksis sin strenge tilnærming til lojalitetsrabatter, og til hvorfor Underretten ikke åpner for å avvike tidligere praksis i *Intel*-saken. I og med at alle elementene springer ut ifra ideen om dominans i markedet, er de egnet til å illustrere misbruksvurderingen som er etablert i tilknytning til lojalitetsrabatter under art. 102. Når det er dominerende foretak i markedet stilles det strengere krav til å opprettholde spillereglene i markedet slik at dominansen ikke skal ødelegge for konkurransen, og misbruk av en slik dominerende stilling blir derfor strengt bedømt.¹⁸⁶

Ved at Underretten opprettholdt tidligere rettspraksis i *Intel* ble altså ikke tolkningsnormen for lojalitetsrabatter under art. 102 endret, slik noen hadde håpet etter Kommisjonens bruk av AEC-testen.¹⁸⁷ Dette kan også tenkes begrunnet ved at art. 102 er en vag bestemmelse og den krever konkret tolkning i hver enkelt sak. Likevel er det visse rammer for hvilke tolkninger som kan gjøres. Dette medfører en presisering av hvem som er underlagt autoriteten til å endre tolkningen av art. 102, og hvilke begrensninger som eventuelt foreligger.¹⁸⁸ For EU-retten er det Domstolen som har autoritet til å foreta endringer i tolkning. Som påpekt i punkt 4.1.1 er Kommisjonen underlagt Domstolens rammer. Dette betyr ikke at de ikke kan komme med forslag til nye tolkningsmetoder, slik de derfor har gjort i Veiledningen. Selv om kritikerne av Domstolens tradisjonelle tilnærming for lojalitetsrabatter ønsket en endring, forelå det altså ikke full frihet for Underretten å foreta dette i *Intel*. At art. 102 i utgangspunktet åpner for ulike tolkningsmetoder, må derfor sees i sammenheng med EUs regelverk for øvrig, som inneholder regler, prinsipper og uttalelser som binder Domstolen. Dersom en helt ny tolkning skal bli grunnlaget for lovligheten av lojalitetsrabatter, argumenteres det derfor for at

¹⁸⁵ Nihoul, *Journal of European Law & Practice* 2014, Vol. 5, No. 8 side 525.

¹⁸⁶ Det slike tilfeller art. 102 er ment til å forebygge.

¹⁸⁷ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 7.

¹⁸⁸ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 15.

det skal mer til enn at Kommisjonen moderniserer sine retningslinjer, men at regelverket i sin helhet må endres.¹⁸⁹

Ved en vurdering av om det bør foreligge en formbasert eller en virkningsbasert analyse argumenteres det for at man også, i tillegg til å ta stilling til virkninger på konkurransen og positive fordeler for forbrukerne, må vurdere *alle* relevante konsekvenser av å benytte de ulike tilnærmingene. Dette betyr at man også bør ta hensyn til kostnadene som påføres ved håndhevelse, graden av juridisk usikkerhet tilknyttet art. 102 og fordelingen av risiko.¹⁹⁰ Kostnadene tilknyttet vurderingen av om de enkelte rabattordningene er i strid med art. 102 er varierende, men det synes å foreligge enighet om at en økonomis virkningsanalyse som følger av Veiledningen er langt mer kostnadskrevende en tilnærmingen som benyttes i rettspraksis.¹⁹¹ Når det gjelder den juridiske usikkerheten og risikoen, knyttes dette argumentet til at art. 102 også kan påberopes og tolkes av nasjonale domstoler. Det kan derfor være urimelig å stille krav til at slike domstoler skal kunne ta i bruk kompliserte kvantitative økonomiske analyser for å ta stilling til misbrukskriteriet.¹⁹²

6 Konklusjon

Denne oppgaven har vist at metodebruken i rettspraksis tilknyttet lojalitetsrabatter har vært streng med lite innslag av virkningsbaserte analyser i et økonomisk perspektiv. Gjennomgangen har imidlertid også vist at det har skjedd en moderat utvikling ved at det i *Michelin II*, *British Airways* og senest nå i *Intel*, ble benyttet et egnethetskrav i vurderingen. Ettersom dette egnethetskravet også er oppstilt i Veiledningen, kan det umiddelbart syntes å være etablert et felles vilkår for henholdsvis den formbaserte- og virkningsbaserte tilnærmingen. Basert på gjennomgangen overfor mener jeg imidlertid at *fremgangsmåten* ved vurderingen av egnetheten likevel innebærer at det fortsatt er en reell forskjell mellom rettspraksis og Veiledningen.

¹⁸⁹ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 15.

¹⁹⁰ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 26.

¹⁹¹ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 26 og Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8 side 529 og 530.

¹⁹² Nihoul, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8 side 530.

Selv om Veiledningen ved å benytte en kostnadsanalyse søker å ivareta rabattordninger som ikke er konkurransehindrende, viser drøftelsen ovenfor at rettspraksis, senest ved *Intel*-dommen, ikke har tilsluttet seg denne tilnærmingen. Etter en nærmere analyse av Underrettens avgjørelse i *Intel* virker likevel det reelle skillet mellom rettspraksis og Veiledningen i utgangspunktet ikke å være så stort som først antatt. Etter min mening baserer begge metodene seg på at rabattordningen må være *egnet* til å ha negative virkninger på konkurransen for å være ulovlige. *Intel* bekrefter at virkningene ikke trenger å forankres i *faktiske* demonstrasjoner. Veiledningen derimot søker kvantitative svar for begrunnelsen. Avvikende metodebruk synes derfor, etter mitt syn, å omhandle *hvordan* disse virkningene skal demonstreres; med andre ord *hvordan* man skal komme frem til om *hva* som er egnet/ikke egnet. Bør en lojalitetsrabatts egnethet til å ha negative virkninger på konkurransen vurderes ut i fra en formbasert tilnærming basert på presumsjoner begrunnet i rabattens lojalitetsskapende form¹⁹³, eller skal det vurderes på grunnlag av en økonomisk kostnadsanalyse (AEC-test) i tråd med Veiledningen?

Helt siden *Suiker Unie* og *Hoffmann-La Roche* på 70-tallet har den formbaserte tilnærmingen utviklet seg til å bli en etablert lære i saker tilknyttet lojalitetsrabatter. Underretten og Domstolen har gjentatte ganger henvist til sine tidligere avgjørelser og betydningen av rabattenes *egenskap* i å skape hindringer for konkurransen. Selv om det i *Michelin I* ble åpnet for en konkret vurdering av forholdene omkring målrabatter, ble dette innskjerpet i *Michelin II* og *British Airways*. Den gjeldende fremgangsmåten synes å være basert på en to-trinns test hvor 1) man definerer om en rabattordning har lojalitetsskapende elementer og om den derfor er *egnet* til å påvirke konkurransen og 2) dersom trinn 1 bekreftes anses rabattordningen for ulovlig med mindre den kan objektivt rettferdiggjøres. I *Intel* innførte også Underretten en ytterligere kategorisering av rabattordninger, som ga betydning for to-trinns testen ved at rabattordninger i nevnte kategori 2¹⁹⁴, det vil si eksklusive rabatter, anses å ha konkurransehindrende virkninger uavhengig om det er påvist at den er lojalitetsskapende og egnet til å hindre konkurransen.¹⁹⁵ For slike rabatter vil derfor trinn 1 automatisk være oppfylt.

¹⁹³ Slik metoden er etablert i rettspraksis.

¹⁹⁴ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 77.

¹⁹⁵ jf. drøftelsen ovenfor i punkt 5.3.2.

Som vist i oppgaven har rettspraksis åpnet for objektiv begrunnelse av lojalitetsrabatter. Advocate General Kokotts uttalelse i *Solvay*¹⁹⁶ om at objektiv begrunnelse er et bidrag til en virkningsbasert tilnærming har jeg imidlertid vanskelig for å være enig i. Selv om unntaket er snevert og sjeldent blir godkjent i praksis, argumenteres det for at unntaket åpner for å vise til *konkrete virkninger* av rabattordningen for å kunne vurdere om handlingene kan rettferdiggjøres.¹⁹⁷ Underretten uttalte at en rabattordning som Intel benyttet kunne blitt rettferdiggjort på bakgrunn av at rabattene var objektivt nødvendige å benytte, eller at eventuelle positive fordeler for forbrukerne var større enn de konkurransehindrende virkningene.¹⁹⁸ Selv om det argumenteres for at unntaket tilsvarende en virkningsanalyse, er det, basert på gjennomgangen av rettspraksis, herunder vurderingene som der foretas knyttet til unntaket, etter min mening vanskelig å se klare spor av en virkningsbasert tilnærming i tråd med Veiledningen. Som gjennomgangen viser har Domstolen i all hovedsak vært snever i vurderingen av om objektiv begrunnelse foreligger, og vektlagt at ordninger som setter betingelser for kunden ikke er skapt til å kunne rettferdiggjøres ut i fra kostnadsbegrunnelser. Det er derfor nærliggende å si at det hittil i rettspraksis ikke eksisterer en ren virkningsbasert analyse i samsvar med Veiledningen, og at objektiv begrunnelse ikke er et bidrag til en slik tilnærming.

Ettersom *Intel*-dommen ble avsagt av Underretten er det for tidlig å si om Domstolen vil ha samme synspunkt om Veiledningens tilnærming til lojalitetsrabatter. Selv om Underretten i *Intel*-saken ikke anerkjente Veiledningens AEC-test i tilknytning til rabattordninger i kategori 2, er det ikke gitt at rettspraksis i all fremtid avviser en virkningsbasert tilnærming for å definere misbruk av lojalitetsrabatter. At en virkningsbasert tilnærming aldri vil bli akseptert av EU-domstolene vil være uforenlige med konkurranserettens særegenhet, som i all hovedsak benytter virkningsbaserte tilnærminger for å definere misbruk.¹⁹⁹ Det er imidlertid interessant at Kommisjonen selv i *Intel*-saken anførte at de kun benyttet AEC-testen for fullstendighetens skyld, men at rettspraksis ikke stilte noen krav til en slik test.²⁰⁰ Når Kommisjonen selv inntar en passiv stilling til betydningen av Veiledningen, herunder at en AEC-test er avgjørende for

¹⁹⁶ Sitert ovenfor i punkt 3.2.1.2.

¹⁹⁷ Wils, *World Competition*, volume 37, issue 4. December 2014 side 25.

¹⁹⁸ Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) avsnitt 75. Intel innførte imidlertid ikke objektiv begrunnelse og spørsmålet ble derfor ikke drøftet nærmere av Underretten.

¹⁹⁹ Nihoul, *Journal of European Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8 side 530.

²⁰⁰ O'Donoghue (2013) side 501.

misbruksvurderingen, sammenholdt med den omfattende prosessen som ligger bak det å endre juridisk standpunkt for Domstolen²⁰¹, kan det derfor ikke forventes at Domstolen kommer til et annet standpunkt en Underretten gjorde i *Intel*.²⁰² Oppgaven viser uansett at Underretten i *Intel*-dommen har lagt seg på samme linje som tidligere rettspraksis når det gjelder valg av tilnærming metode for å vurdere lojalitetsrabatters lovlighet under art. 102.

²⁰¹ Som nevnt i punkt 5.3.2.2.

²⁰² O'Donoghue (2013) side 501.

7 Litteraturliste

Juridisk teori

Jones, Alison and Brenda Sufrin, *EU Competition Law*. Fift. edition. Oxford, 2014

Kolstad, Olav og Jan Magne Juuhl-Langseth, *Competition Law*. Akademika publishing, 2013

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk Konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*. 1. Utgave. Universitetsforlaget 2007

O'Donoghue, Robert and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Second edition. Oxford, 2013

Wish, Richard and David Bailey, *Competition Law*. Seventh edition. Oxford, 2012

Østerud, Eirik, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law – The Spectrum of Tests*, Wolters Kluwer Law and Business 2010

Lovgivning

Treaty of the functioning of the European Union

Kommisjonens publikasjoner og uttalelser

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005)

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009)

Opinion of Advocate General Kokott, delivered on 23 February 2006, hentet fra www.curia.europa.eu

Opinion of Advocate General Kokott, delivered on 14 April 2011, hentet fra
www.curia.europa.eu

Rettspraksis

Underretten

Sak T-228/97, *Irish Sugar v. Kommisjonen*, (1999) ECR II-2969 (*Irish Sugar*)

Sak T-203/01, *Manufacture Francaise Des Pneumatiques Michelin v. Commission* (2003)
ECR II-4071 (*Michelin I*)

Sak T-219/99, *British Airways v. Kommisjonen*, 2003 ECR II-5917

Sak T-155/06, *Tomra Systems ASA v. Kommisjonen* (2010) ECR II-4361

Sak T-286/09, *Intel Corp v. Commission* (2014) (*Intel*)

Domstolen

Sak 40/73, *Suiker Unie v. EC Commission* (1975) ECR 1663 (*Suiker Unie*)

Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission* (1979) ECR 461 (*Hoffmann-La Roche*)

Sak 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461
(*Michelin II*)

Sak C-95/04 P, *British Airways v. Commission* (2007) ECR I-2331 (*British Airways*)

Sak C-549/10 P, *Tomra Systems ASA v. European Commission*, 19 April 2012 (*Tomra*)

Kommisjonens avgjørelser

(1981) OJ L353/33, (1982) 1 CMLR 643 (*Michelin I*)

(2002) OJ L143/1, (2002) 5 CMLR 388 (*Michelin II*)

(2002) OJ L30/1, (2000) 4 CMLR 999 (*Virgin/BA*)

Prokent/Tomra, COMP/38.113 (2009) 4 CMLR 101

Sak COMP/37.990 (2010) (Intel)

Artikler og tidsskrifter

Rosenblatt, Howard and Héctor Armengod; *The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at Tomra and Intel I*: The European Antitrust Review, 2012

Charles River Associates; *Intel and the future of Article 102** I: CRA Competition Memo, 2014

Nihoul, Paul, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 8, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*

Wouter P.J. Wils, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, forthcoming in World Competition, Volume 37, Issue 4, December 2014

WSGR Alert, *The General Court's Intel Decision – "Back to the Seventies"*, juni 2013 (hentet fra www.wsgr.com, avlest september 2014)

Zenger, Hans, *Rebates and Competition Law: An Overview of EU and National Law*, EU Competition Case Law Digest, Frédéric Jenny, ed., Institute of Competition Law, 2014